Der Rechtsirrtum nach geltendem Recht und den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

der

JURISTISCHEN FAKULTÄT

der

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT
ZU ERLANGEN

vorgelegt von

Lothar Maier
aus Windsbach (Mtfr.)
Referendar am Amtsgericht Fürth i. B.

Approbiert am 9. Februar 1931

Kulmbach
Buchdruckerei G. Schuhmann.
1931

Jl-263

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Geheimer Rat Professor Dr. Ph. Allfeld

Dekan: Professor Dr. Max Wenzel.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung 1

I. Teil: Grundlegendes

§ 1. Begriff und Wesen des Irrtums 3
§ 2. Arten des Irrtums 4

II. Teil: Geltendes Recht

1. Abschnitt:

§ 3. Der Rechtsirrtum im Strafgesetzbuch . . . . .
§ 4. Das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit 11
§ 5. Der Begriff des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit 14
§ 6. Das Verhältnis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu den beiden Schuldarten 15
§ 7. Der Rechtsirrtum bei den Polizeidelikten 18

2. Abschnitt.

§ 8. Die Behandlung des Rechtsirrtums in der Praxis . 19

3. Abschnitt:

Die Behandlung des Rechtsirrtums in der Theorie.

§ 9. Ueberblick 37
§ 10. Die Lehre error iuris nocet 38
§ 11. Das Bewußtsein der Strafbarkeit 45
§ 12. Die Mittelmeinungen 46

4. Abschnitt:

§ 13. Die Verordnung über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen vom 18.I.1917 und § 358 Reichsabgabenordnung 54

III. Teil: Die Regelung des Rechtsirrtums in den Entwürfen.

§ 14. Allgemeines 5
§ 15. Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 60
§ 16. Der Gegenentwurf zum Vorentwurf von 1911 . . 63
§ 17. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 . 66
§ 18. Der Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 71
§ 19. Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925 . . . . . .
§ 20. Der Entwurf 1927 eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 84

Schlußwort 89

Einleitung.

Wer weiß, wie eingehend im allgemeinen die Strafrechtslehrbücher und Kommentare die Irrtumslehre behandeln, wer die ganze und große Fülle der Speziallitteratur über diese Frage kennt, der mag gewiß nicht ohne Grund die Arbeit eines Anfängers auf diesem so schwierigen Gebiete für überflüssig halten, wenn nicht gar mit einem Blicke des Mitleids abtun und „ad acta" legen. Deshalb bedarf die folgende Arbeit einer kurzen Rechtfertigung: „Wo die Könige bauen, haben die Kärrner zu tun", heißt es besonders auch hier. Trotz der gewaltigen wissenschaftlichen Arbeiten, die hier von berufenster Hand geleistet wurden, trotz der Mannigfaltigkeit der Wege, auf denen die verschiedenen Autoren zu einer Lösung des Problems kamen oder zu kommen versuchten, ist doch noch so manches Betätigungsfeld übrig und frei geblieben. Vor allem erscheint uns eine systematische einheitliche Gegenüberstellung der Behandlung des Rechtsirrtums im geltenden Recht mit der in den verschiedenen Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch, ferner ein Vergleich der einzelnen Entwürfe untereinander in dieser Richtung zu fehlen; schließlich ist besonders die Rechtsirrtumslehre des Entwurfes 27 wissenschaftliches Neuland, das bis jetzt noch kaum bearbeitet wurde. An der Möglichkeit noch Nützliches zu leisten, dürfte es somit nicht fehlen und in dieser Möglichkeit mag unsere Abhandlung ihre Berechtigung finden.

Die Lehre vom Rechtsirrtum im Strafrecht ist, wie wir bereits andeuteten, eine viel erörterte und heißumstrittene Frage und hat eine schier unübersehbare Literatur hervorgerufen. Sie verdient es auch, daß man sich so stark mit ihr beschäftigt; denn sie ist nicht eine Materie, die zu Meinungsverschiedenheiten vornehmlich theoretischer Art Anlaß gibt: keine Lehre des Strafrechts

dürfte für die praktische Rechtsanwendung von so wichtiger und einschneidender Bedeutung sein, wie das Dogma von der Behandlung des Rechtsirrtums. Davon vermag bereits ein flüchtiger Blick auf die reichsgerichtliche Rechtssprechung zu überzeugen. Nach einer Feststellung Kohlrausch's[1]) hatte sich unser höchster Gerichtshof bis zum Jahre 1904 allein in etwa 2—3 Prozent aller Entscheidungen auf strafrechtlichem Gebiete mit Fällen von Rechtsirrtum zu beschäftigen. Von seiner Ausgestaltung hängen Menschenschicksale ab; meistens handelt es sich hier nicht nur um ein bloßes Mehr oder Weniger: Zuchthaus oder Freisprechung sind zuweilen bei gleicher Sachlage das Ergebnis der eingenommenen Grundauffassung.

Die Praxis, wie ein großer Teil der Literatur, bewegt sich in dieser Frage auf falschen Bahnen. Besonders verurteilt wird der vom Reichsgericht eingeschlagene Weg zu scheiden, zwischen unentschuldbarem strafrechtlichen und entschuldbarem außerstrafrechtlichen Irrtum. Diese Behandlung trägt in ihrer Wirkung dem natürlichen Rechtsempfinden des Volkes keine Rechnung, das sich gegen eine Strafe auflehnt, die wahllos auch bei dem entschuldbarsten Rechtsirrtum eintritt, sie krankt aber auch im dogmatischen Aufbau, der eine gleichförmige Rechtssprechung auch der unteren Gerichte nicht ermöglicht hat. Hier ist für das kommende Strafgesetzbuch eine große Reformaufgabe gegeben. Endlich müßte auch hier einmal den Forderungen der Gerechtigkeit Genüge getan werden. Wir wollen nicht verkennen, daß die Behandlung des Rechtsirrtums in den Entwürfen fortschreitend eine Verbesserung gegenüber dem als unhaltbar erkannten bisherigen Rechtszustand erfahren hat. Doch scheute man sich aus verschiedenen Gründen, auf die später noch einzugehen ist, die Frage der besseren Erkenntnis folgend, konsequent zu regeln und ist so auf halbem Wege stehen geblieben.

Zunächst soll im folgenden versucht werden den Begriff und das Wesen des Rechtsirrtums zu bestimmen; sodann wollen wir einen kurzen Ueberblick über die Behandlung des Rechtsirrtums im geltenden Recht, in Theorie und Praxis, folgen lassen; schließlich wird noch die Entwicklung der Strafrechtsreform in der Frage der Behandlung des Rechtsirrtums aufzuzeigen sein.

---

[1]) Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff S. 119.

I. Teil.

Grundlegendes.

§ 1

Begriff und Wesen des Irrtums.

Irrtum im weiteren Sinn ist eine der Wirklichkeit — Wirklichkeit im weitesten Sinne — nicht entsprechende Vorstellung. Nicht nur das Sinnlich-Wahrnehmbare, auch eine Norm, eine Pflicht, auch etwas in der Zukunft Liegendes, nur Mögliches ist Wirklichkeit. Eine Nichtübereinstimmung mit dieser liegt vor, wenn sich der Mensch eine positiv falsche Vorstellung von ihr macht (error = Falschwissen), ist aber auch dann schon vorhanden, wenn ihm die ihr entsprechende Vorstellung mangelt (ignorantia = Nichtwissen). Für die rechtliche Berurteilung stehen Irrtum und Unwissenheit gleich; ja es wird sich sogar zeigen, daß letzten Endes überhaupt nur der Mangel der richtigen Vorstellung, also das Nichtwissen von rechtlich erheblichen Umständen für unsere Frage in Betracht kommt.

An sich interessieren das Recht die Vorstellungen des Einzelnen nicht; solange der Irrtum des Einzelnen nicht auch ein der irrtümlichen Vorstellung entsprechendes Handeln zur Folge hat, bleibt er unerheblich.[2]) Erst durch eine Handlung des Irrenden beschreitet der Irrtum das Rechtsgebiet. Der rechtlich allein relevante Irrtum ist ein Irrtum über eine Handlung, von der der Irrende annimmt, sie werde gewisse rechtliche Folgen haben oder nicht

---

[2]) Siehe Binding, Normen Bd. II, S. 32: Wer nicht weiß, daß der Wucher verboten ist, dessen Unkenntnis interessiert das Recht gar nicht; wer aber nicht weiß, daß seine Handlung eine verbotene Wucherhandlung ist, dessen Irrtum erst wird für das Recht bedeutsam.

haben, während sie in der Tat die bedachten Folgen nicht hat oder hat, oder ganz andere rechtliche Folgen nach sich zieht als der Handelnde glaubt.[3])

§ 2

Arten des Irrtums.

Dieser Irrtum über eine Handlung ist nicht Irrtum aus erster Hand, sondern ein aus einem anderen Irrtum — — Grund-Irrtum — hervorgegangener Folgeirrtum. Gegenstand des Grundirrtums ist ein Rechtssatz oder eine Tatsache; Gegenstand des Folgeirrtums = eine Handlung Teilt man den Irrtum in Rechts- und Tatirrtum, so ist dies eine Einteilung nach dem Grunde des Irrtums.

Tatirrtum ist Irrtum über Tatsachen, über Sinnlich-Wahrnehmbares, während Gegenstand des Rechtsirrtums Rechtssätze (rechtliche Begriffe und Beziehungen) sind. Rechtsirrtum liegt darnach vor, wenn der Täter seine mit der geltenden Rechtsordnung im Widerspruch stehende Handlung für rechtmäßig hält, sei es, daß ihm die Kenntnis einer bestehenden Rechtsnorm überhaupt mangelt, sei es, daß er die ihm bekannte Rechtsnorm nach Inhalt und Bedeutung falsch auslegt oder endlich daß er eine gar nicht existierende Rechtsnorm als vorhanden ansieht. Uns interessiert hier lediglich der Rechtsirrtum.

Entsprechend dem Standpunkt des Reichsgerichts[4]), der vereinzelt auch in der Literatur vertreten wird, teilt man vielfach den Rechtsirrtum selbst wieder in Strafrechtsirrtum und außerordentlichen Rechtsirrtum, wobei letzterer dem tatsächlichen Irrtum gleichgestellt wird. Was diese Unterscheidung bedeutet, wollen wir erst später bei der Besprechung des Standpunktes des Reichsgerichts in der Frage des Rechtsirrtums an Hand einzelner Beispiele darlegen; sie läßt sich nicht mit einer kurzen Begriffsbestimmung umgrenzen. Wollten wir sagen, es handle sich beim Strafrechtsirrtum um den Irrtum über das Strafrecht, über strafrechtliche Begriffe, beim außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum um den Irrtum über Sätze des Privat- und öffentlichen Rechts, so wäre das nur ein

---

[3]) Oetker, S. 10 Ger. S. 93, S. 3 siehe auch Kahn, S. 26.

[4]) Aus den unzähligen Entscheidungen, die sich freilich in die schwersten Widersprüche verwickeln, vgl. neuerdings RGE. 43, 23; 45, 370; 56, 385; 56, 22; 58, 247; 59 255; 60, 69; 298, 3 7.

anderes Wort. Man wird auch nirgends in kurzen Worten bezeichnet (definiert) finden, wann allgemein Strafrechtsirrtum vorliegt. Das wird auch vom Reichsgericht selbst immer nur im einzelnen Falle bestimmt und liegt daran, daß der Rechtsirrtum im Sinne des Reichsgerichts nach schwankender Herkunft beurteilt wird und nicht danach, wie er sich in der Vorstellung des Täters spiegelt. Bei dieser Betrachtung werden wir uns auch über die Möglichkeit oder besser gesagt Unmöglichkeit einer solchen Unterscheidung zu unterhalten haben.

2. Teil. 1. Abschnitt.

Geltendes Recht.

§ 3

Der Rechtsirrtum im Strafgesetzbuch.

Das geltende Recht nimmt zur Irrtumslehre nur in dürftiger Weise in § 59 StrGB. Stellung; außerdem befassen sich mit dem Irrtumsrecht die Bundesratsverordnung vom 18. Januar 1917 und § 358 Reichsabgabenordnung.[5]) Uns interessiert hier in erster Linie § 59 StrGB. Er lautet:

„Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist."

§ 59 enthält also keine Bestimmungen über die nötigen Erfordernisse für das Vorhandensein einer vorsätz-

---

[5]) Sondervorschriften über den Rechtsirrtum finden sich gelegentlich in Nebengesetzen. So in § 163 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869: „Unbekanntschaft mit den Vorschriften dieses Gesetzes und den infolge desselben gehörig bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften soll niemand, auch nicht den Ausländern zur Entschuldigung gereichen." — Hier gibt es also keine Berufung auf Rechtsirrtum. Liegt der objektive Tatbestand vor, so schützt den Täter auch seine noch so entschuldbare Unkenntnis der Gesetzesvorschrift nicht. — Eine weitere Sondervorschrift findet sieh im Reichsgesetz vom 21. Mai 1878 betr. Zuwiderhandlungen gegen die zur Abwehr der Rinderpest erlassenen Vieheinfuhrverbote. § 3, Abs. 2:

lichen oder fahrlässigen Handlung und verzichtet damit zugleich auf eine positive Regelung des Irrtumsproblems.[6])

§ 59 ist der verschiedensten Deutung ausgesetzt, sowohl die Anhänger des Erfordernisses des Bewußtseins der Rechts- und Pflichtwidrigkeit, als auch deren Gegner stützen sich auf ihn. Der Paragraph erklärt den Irrtum für erheblich, welcher sich auf Tatumstände erstreckt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Den Kernpunkt der Streitfrage bildet nun das Problem was unter diesen „Tatumständen" zu verstehen ist und ob auch die Rechtswidrigkeit hierzu zu rechnen sei. So viel hierüber auch schon geschrieben worden ist, eine Einhelligkeit der Meinungen hat sich nicht erzielen lassen. Das beweist zweifellos einen Mangel des Gesetzes. Denn entweder regelt es die Frage eindeutig und klar oder es überläßt die gesamte Lösung der Wissenschaft und Praxis. Es ist nicht nur bezeichnend, sondern sogar äußerst bedenklich, daß „sich die verschiedensten Autoren bemühen, ihre direkt entgegengesetzten Ansichten über unsere Frage aus dem § 59 abzuleiten.[7]) Die einen, so z.B. v. Bar, Wachenfeld, Olshausen legen das Hauptgewicht auf „Tat"umstände und glauben deshalb den Tatirrtum allein für relevant erklä-

---

Bei Personen, welche nicht weiter als 15 km von der Grenze entfernt ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, in gleichen bei Personen, welche mit den durch die Beschränkungen oder Verbote betroffenen Tieren gewerbsmäßig Handel treiben, insbesondere Fleischern und Viehhändlern, sowie den Gehilfen dieser Personen ist die Unkenntnis dieser Beschränkungen oder Verbote als durch Fahrlässigkeit verschuldet, anzunehmen, wenn sie nicht den Nachweis führen, daß sie ohne ihr Verschulden durch besondere Umstände verhindert waren, von denselben Kenntnis zu erlangen.

[6]) Darüber, ob die Begriffsbestimmungen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in das Gesetz aufzunehmen sind, besteht starke Meinungsverschiedenheit. Man macht dagegen vor allem geltend, daß Begriffe wie Vorsatz und Fahrlässigkeit sich nicht so eindeutig und in allen Einzelheiten bestimmen ließen, daß jeder Zweifel gelöst sei. Keine Begriffsbestimmung könne zu allen Streitfragen Stellung nehmen. Auch bestehe die Gefahr, daß die Festlegung gesetzlicher Begriffsbestimmungen einen Hemmschuh für die weitere wissenschaftliche Entwicklung bedeute. Andererseits werden aber zweifellos durch gesetzliche Begriffsbestimmungen eine Reihe von Streit- und Zweifelsfragen für die Praxis gelöst und es werden der Rechtsprechung feste Bahnen gewiesen. Es liegt außerhalb des Rahmens unserer Arbeit zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen; übrigens ist nach unserer Ansicht das „Ob" weniger von Bedeutung als das „Wie".

[7]) v. Hippel, VDA. III, S. 548 Anm. 1.

ren zu dürfen, andere, so vor allem Binding wieder glauben, daß Tat-„Umstand" ein weiterer Begriff sei, und daß es keinen Tatumstand gibt, der für den Tatbestand eines Verbrechens wichtiger wäre, als gerade das Verbotensein der Handlung — dies würde die Beachtlichkeit des Rechtsirrtums bedeuten.

Die Entstehungsgeschichte des § 59 bringt die Entscheidung dahin, daß man unter Tatumständen nur Tatsachen zu verstehen hat, daß also, da nach allgemeiner Ansicht § 59 nur eine redaktionelle Aenderung des § 44 Preuß. Strafgesetzbuchs[8]) ist und dieser nur den Tatirrtum behandelte, § 59 nur den Tat- nicht den Rechtsirrtum betrifft. Man könnte allerdings von dieser Entstehungsgeschichte absehen und dem § 59 die heute gültige Rechtsauffassung unterstellen, wenn dem nicht der Wortlaut des Paragraphen entgegensteht, vor allem Binding[9]) hat dies versucht. Dem muß aber zunächst entgegengehalten werden, daß es in dem Gesetze T a t umstände heißt. Man muß dem Worte „Tat", wenn man es nicht bloß als eine nutzlose Wiederholung auffassen will, eine besondere Bedeutung zukommen lassen, was nur geschieht, wenn man „Tatumstände" mit tatsächlichen Umständen, d. h. mit äußeren Tatsachen der Erscheinungswelt, die der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich sind, interpretiert. Gegen Bindings Ansicht kommt aber noch ein weiteres: die Rechtswidrigkeit als solche ist überhaupt weder ein einzelner konkreter Tatumstand noch Umstand im Sinne des § 59. Sie ist vielmehr eine Eigenschaft des gesamten Tatbestandes, die das Gesetz voraussetzt, indem es an die Tatbestandsverwirklichung die Unrechtsfolge, die Strafe knüpft; die Rechtswidrigkeit bedeutet das Umfaßtsein des Tatbestandes vom Verbot.[10]) Des weiteren ist auch jene (in

---

[8]) § 44 Preuß.StrGB. lautete: „Wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist, entweder von besonderen Eigenschaften in der Person des Täters oder desjenigen, auf welchen sich die Tat bezog, oder von den besonderen Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehen nicht zuzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der Tat unbekannt waren. Wenn durch besondere, dem Täter unbekannt gebliebene Verhältnisse oder Umstände die Strafbarkeit der von ihm begangenen Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese erschwerenden Umstände der Tat nicht zugerechnet werden."

[9]) Normen II, S. 355, 1210 ff.; III, S. 241, 295 ff.

[10]) Vgl. auch Beling, L. v. S. 178 ff., der auch schon deswegen die Rechtswidrigkeit nicht unter § 59 fallen läßt, da unter

der Mitte zwischen Bindings und unserer Auslegung stehende) Ansicht[11]) abzulehnen, die unter den Tatumständen welche..., die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des einzelnen Deliktsbegriffs verstehen will. Danach würde von den Fällen des Rechtsirrtums nur der Irrtum über das Verbotensein der Handlung nicht unter § 59 fallen. Auch dieser Auffassung, steht der Wortlaut des Paragraphen entgegen.[12]) Nicht die Unkenntnis von Begriffsmerkmalen, deren Gesamtheit das Strafgesetz bildet, behandelt § 59, sondern nur von Tatumständen, welche unter eines dieser gesetzlichen Begriffsmerkmale fallen.[13])

Es entsteht nun die Frage, wie dieses Schweigen des Gesetzes über den Rechtsirrtum zu deuten ist, ob er überhaupt nicht zu berücksichtigen ist oder ob die Lösung der Frage der Wissenschaft und Praxis zu überlassen sei. Da § 59 keine erschöpfende Regelung der strafrechtlichen Schuld enthält[14]) — er sagt nicht, was positiv erforderlich ist für das Vorliegen einer schuldhaften, vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung, er spricht lediglich davon, daß bei Unkenntnis von „Tatumständen, welche"...., dem Täter diese nicht bekannten Tatumstände nicht zur Schuld zuzurechnen seien,[15]) — ist die erstere Möglichkeit der Lösung zu verwerfen. Gegen diese spricht weiterhin der § 163 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869, nach dem die Unkenntnis von Vorschriften dieses Gesetzes niemanden, selbst den Ausländer nicht, von der Strafbarkeit seiner Handlung entbindet. Gerade durch diesen Fall ausdrücklicher Regelung des Rechtsirrtums drängt sich uns unwillkürlich die Frage auf, warum man die Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums gerade auf diesem im Verhältnis zur Gesamtgesetzgebung doch engbegrenzten und weniger bedeutungsvollen Gebiete besonders festlegte, wenn man im allgemeinen die Nichtberücksichtigung des Rechts-

---

dem gesetzlichen Tatbestand, zu dem die Tatumstände gehören müssen, nur der besondere Tatbestand zu verstehen sei.

[11]) Vgl. Liszt, Lehrbuch S. 175 III; A. Merkel, (Merkel-Liepmann, Verbrechen und Strafe) S. 105 ff.) Hippel, Lehrbuch S. 331.

[12]) aber auch logische Gründe sprechen gegen diese Theorie.

[13]) Vgl. Olshausen, Kommentar Nr. 1 zu § 59; M. E. Mayer, Lehrbuch S. 258.

[14]) Vgl. Beling, L. v. V. S. 178 ff.; M. E. Mayer, Der allgem. Teil d. Strafrechts, Lehrbuch S. 258 ff.; Lobe L.Z. 1916, S. 650 ff.; Frank, S. 179 ff.; vergl. auch oben S. 18. —

[15]) Auch die Gründe, „welche die Strafe ausschließen oder mildern", sind im RStr.GB. nicht erschöpfend geregelt z. B. das Züchtigungsrecht des Lehrers, Selbsthilfe, die Einwilligung des Verletzten.

irrtums auch für das gesamte Rechtsgebiet als verbindlich betrachtet wissen wollte. Wir dürfen daher mit Recht folgern, daß der Gesetzgeber die Frage der Behandlung des Rechtsirrtums zum allermindesten offen lassen wollte. Man kann gegen unsere Ansicht nicht ins Feld führen, daß die Motive zu den Entwürfen des Reichsstrafgesetzbuchs, die nur unverbindlich, da nicht mit Gesetzeskraft ausgestattet, die Meinung seiner Verfasser zum Ausdruck zu bringen, sowie die Entstehungsgeschichte, die Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums voraussetzen; ein Gesetz muß aus sich heraus interpretiert werden, nicht aus dem früheren Recht. Das frühere Recht kann zwar ein willkommenes Hilfsmittel zur Erforschung des gegenwärtigen Rechts bilden, aber nur ein Hilfsmittel, niemals zwingende Norm. Es ist vielmehr die Fassung und der Inhalt des Gesetzes selbst entscheidend für seine Auslegung. Ueberhaupt darf ein Rechtssatz, der nur einigermaßen mit der Entwicklung des im ständigen Flusse sich befindenden Lebens gleichen Schritt halten will, niemals festkleben bleiben an den vielleicht kurzsichtigen, längst überholten momentanen Erwägungen, denen er seine Entstehung verdankt. Es gibt kein ius aeternum in diesem Sinne! Mag also auch das Strafgesetzbuch dem in der Rechtslehre entwickelten Satze: Error iuris nocet stillschweigend gefolgt sein, so kann doch dieser Grundsatz für bindend nicht erachtet werden, weil er im Gesetze selbst einen entsprechenden Ausdruck nicht gefunden hat.[16]) Und schließlich: Haben die Bürger kein Recht darauf, daß ihnen der Staat die Nachteile ausdrücklich ankündigt, die er ihnen zufügen will? Man kann sich aber gegen unsere Ansicht auch nicht auf die später noch zu besprechenden Irrtumsverordnung vom 18. 1. 1917 und § 358 RAO. als argumentum e contrario gegen unseren Standpunkt berufen. Diese sollten für das Teilgebiet der Kriegsverordnungen und Uebergangsvorschriften, sowie für das Abgabenstrafrecht, wo die durch den unverständlichen Standpunkt der Praxis hervorgerufenen Mißstände besonders drückend empfunden wurden, lediglich Abhilfe schaffen. Diese beiden Gesetze geben vielmehr nur eine dem Fortschritt wissenschaftlicher Einsicht entsprechende ausdrückliche Regelung für ihre Sondergebiete. Will man daraus für andere Fälle lernen, so könnte das daher nur im Wege der Analogie geschehen.[17])

---

[16]) Ebenso Hälschner, I, S. 261; Binding, Normen, III; S. 288; v. Hippel, R.J. 1924, 3 ff. . . .

[17]) So mit Recht Hippel, Lehrbuch S. 352.

§ 4

Das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit.

Nach dem Vorausgesagten ist die Lösung der Frage, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bezw. die Möglichkeit dieses Bewußtseins zur Schuld erforderlich ist, der Wissenschaft und Praxis überlassen. Jetzt wollen wir versuchen dieser Frage näher zu kommen.

Von dem Begriff der Schuld ist der des Vorwurfs, eines Unwerturteils, nicht zu trennen; über einen zufällig Handelnden ein Unwerturteil zu fällen, ist nicht zu rechtfertigen. Wer die Rechtswidrigkeit seiner Handlung nicht kannte, noch nach seinen subjektiven Verhältnissen kennen konnte, den trifft kein Vorwurf, er braucht sich nicht zu verantworten, er ist ohne Schuld.[18]) Es ist ferner die Rechtsordnung ein Komplex von Normen, von Geboten und Verboten. Man kann aber solchen Normen keinen Gehorsam leisten, die man nicht kennt. Erst dann, wenn man ein Gebot kennt, gewinnt der Gehorsam sittlichen Wert, erst dann kann er zum Lobe und sein Gegenteil, der Ungehorsam, zum Tadel, zur Schuld angerechnet werden. Ohne Kenntnis der Rechtsordnung kein schuldhafter Bruch derselben! Es geht nicht an, daß der Staat zu dem Täter sagt: Ich glaube es dir, daß du dein Handeln irrtümlich für erlaubt gehalten hast, ich nehme aber auf diese deine Unkenntnis keine Rücksicht; ich habe das Gesetz gegeben, du hast es verletzt; ob du es bewußt oder unbewußt getan, bedeutet für mich keinen Unterschied. Vielmehr ist der Täter nur dann für schuldig zu erachten, wenn seine Handlung oder Unterlassung, gleichviel, ob sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen ist, eine der allgemeinen Auffassung widerstrebende Mißachtung der Gebote oder Verbote offenbart, die das Recht aufstellt, damit die Bedürfnisse der Gesamtheit vor schädlichen oder gefährlichen Eingriffen des Einzelnen bewahrt werden. Die Schuld ergibt sich eben aus der inneren Stellungnahme des Täters nicht nur zu dem, was ist und geschieht und daraus wird, sondern auch zu dem, was geschehen und werden soll oder nicht soll. Von einer dem Täter vorzuwerfenden Mißachtung des rechtlichen Sollens kann aber, wie bereits gesagt, nicht die Rede sein, wenn der Täter

---

[18]) Merkwürdigerweise wird das Moment der Vorwerfbarkeit bei der Fahrlässigkeit ohne weiteres zugegeben, beim Vorsatze will man es verneinen! — argumentum a minore ad maius?

bei der Handlung oder Unterlassung in dem guten Glauben war, daß sein Verhalten erlaubt sei, wenn er das Bewußtsein, gegen die Rechtsordnung zu verstoßen weder hatte noch haben konnte.[19]) Demnach liegt eine Schuld des Täters nur vor, wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit mit dem Vorsatze, gleich wie die Fähigkeit zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit mit der Fahrlässigkeit verknüpft ist.[20]) So rechtfertigen also das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bezw. die Möglichkeit dieses Bewußtseins schon Erwägungen über das Wesen der Schuld.

Eine weitere Rechtfertigung dieses Erfordernisses liegt in der erst später zu besprechenden Anerkennung der Praxis und der auf ihrer Seite stehenden Theoretiker, daß durch den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum die Schuld ausgeschlossen wird; denn die Konsequenz spricht für die gleiche Wirkung eines Irrtums im Gebiete des Strafrechts, eines solchen also, infolge dessen eine mit Strafe bedrohte Handlung für eine erlaubte, d. h. objektiv nicht rechtswidrige gehalten wird.

Und schließlich sind es Sinn und Zweck der Strafe, die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für die Bestrafung unbedingt erfordern.[21])

Die absoluten Theorien sehen den Strafzweck in der Vergeltung: sie darf aber nicht eintreten, „wenn unbewußt gefehlt wurde. Nur bewußte Auflehnung gegen den staatlichen Willen fordert Sühne und Gegenwirkung durch die staatliche Strafe! — Bewußter Gegensatz zum Recht ist aber nur vorhanden, wenn der Täter nicht nur den tatsächlichen Verlauf seines Wirkens, sondern auch den darin liegenden Widerspruch mit der staatlichen Ordnung kennt".[22])

Nach den relativen Theorien bezweckt die Strafe Abschreckung und Besserung. Die Abschreckung kann einmal durch Generalprävention und zwar Strafdrohung und Strafvollzug oder durch Spezialprävention erreicht werden. Eine Strafdrohung kann aber nur wirken, wenn sie bekannt ist; man muß also wissen, daß die Handlung, die man unterlassen soll, mit Strafe bedroht ist. Das ist aber das Bewußtsein der Strafbarkeit, eine Forderung, die noch

---

[19]) Vgl. hierzu auch Binding, Normen I. S. 243; II, S. 275; Mittermaier, Z. 44, 8; Freudenthal, S. 6; Mayer, S. 251.

[20]) Bünger, Z. 6, 345.

[21]) Vgl. zum folgenden Allfeld R.J. S. 7 ff.

[22]) Allfeld, R.J. S. 7/8.

weiter geht, als die hier aufgestellte des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, diese also mit umschließt.[23]) Auch die Abschreckung durch den Strafvollzug muß ihren Zweck verfehlen gegenüber denen, die unbewußt das Gesetz verletzt haben. Der Strafvollzug als Hemmungsvorstellung setzt voraus, daß die Tatsache einer staatlichen Strafdrohung den Rechtsgenossen bekannt ist. Die Spezialprävention will den Einzelnen durch die an ihm vollzogene Strafe von der Begehung künftiger Verbrechen fernhalten. Auch diese Wirkung ist nur erreichbar, wenn der Täter sich bei seinem Handeln einer Verletzung der Rechtsordnung bewußt wird. Ebenso ist die Besserungsstrafe nur denen gegenüber angebracht, die sich als innerlich schlecht erwiesen haben, die also gewußt haben Unrecht zu tun, denen es aber an der erforderlichen Hemmung (an dem notwendigen Gegenmotiv) gefehlt hat, das Gesetz nicht zu übertreten.

Schließlich läßt sich eine Bestrafung trotz Mangels des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit auch vom Standpunkte einer Sicherungsstrafe aus nicht rechtfertigen. Es ist falsch anzunehmen, daß der Täter, der ohne Rechtswidrigkeitsbewußtsein, d. h. ohne Schuld gehandelt hat, für die Gesellschaft gefährlicher werden kann als der verbrecherische Wille, der sich hartnäckig und bewußt gegen das Gesetz auflehnt. Auf keinen Fall verdient ein schuldlos Handelnder eine Strafe im eigentlichen Sinne, sondern eher eine Sicherungsmaßnahme, ein Erziehungsmittel.

Welchen Zweck man also auch mit der Strafe verbinden mag, von jedem Standpunkt aus erscheint er verfehlt, wenn nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vom Täter gefordert wird.

Vor allem wäre eine Bestrafung ohne Schuld auch staatspolitisch unangebracht; denn sie würde dem Staate verblendeter Weise aus Freunden Feinde machen. Der Mensch ist nicht wie der Stein, der sich gefühllos vom Regen höhlen läßt, sondern er empfindet das Unrecht schmerzhaft und gar leicht faßt er Groll, ja Verachtung gegen den Staat, der es ihm antat. Gerade den Redlichen aber würde hier die Strafe treffen und dieser wird verdrossen sich künftighin weniger bemühen, die Gebote der Rechtsordnung kennen zu lernen, da ihm sein früherer Eifer ja doch nichts half. Aber auch Dritte werden an solchen Urteilen Anstoß nehmen und leicht mag die böse

---

[23]) Canter, S. 23.

Saat als Mißtrauen gegen den Staat und seinen Richterstand aufgehen. Endlich wird der wirklich Rechtsfeindliche über seine eigene Schuld getäuscht, sich dieser nicht mehr schämen, wenn er auch den Redlichen gleich sich selbst bestraft sieht.

Somit trägt das bloße Wissen davon, daß man einen Tatbestand verwirklicht, kein Schuldmoment in sich; es muß noch eine seelische Beziehung zum Verbotensein der Tat, zu ihrer Eigenschaft als Unrecht hinzukommen, um dem Täter sein Verhalten als Schuld anrechnen zu können. „Es ist generelles Schuldmerkmal, daß die Erfolgsvorstellung hätte Gegenmotiv werden sollen und können."[24])

Ein Gesetz, das durch Verleugnung der Notwendigkeit dieses normativ-ethischen Bestandteils der Schuld den Richter zwingt, über den schuldlosen Täter den Stab zu brechen, ist rohe Erfolgshaftung, ist genau so fern von sittlichen Erwägungen, wie der Blitz, der dem Naturgesetz folgend, dort zuckt, wo die Leitungswiderstände am schwächsten sind, gleichgültig, ob er das wertvollste Menschenleben vernichtet. Daß wir aber einen sittlichen Maßstab anlegen können, daß wir nach Gut und Böse, nach Schuld und Unschuld fragen k ö n n e n, das gerade erhebt ja uns Menschen erst über das Naturgeschehen, das nur ein Müssen, nirgends aber ein sittliches Sollen erkennen läßt.

Gegen diese Ethisierung der Schuld wurden verschiedentlich kriminalpolitische Bedenken laut dahingehend, daß kaum ein Delinquent zur Bestrafung gelangen könne, wenn der Rechtsirrtum den Verbrecher entschuldigte. Wer dies ausspricht, muß nie einer Gerichtsverhandlung beigewohnt haben, sonst hätte er gemerkt, wie viele Behauptungen des Täters (auch über sogenannte innere Tatsachen) sich im Laufe der Verhandlungen als leere Ausflüchte herausstellen. (Weiteres darüber siehe später).

§ 5

Der Begriff des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit[25]).

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit stellt sich dar als das allgemeine Empfinden, etwas zu tun, was dem

[24]) Freudenthal, S. 6 — ob die Form, in der Freudenthal und die von ihm Zitierten das Bewußtsein gegen die Rechtsordnung zu verstoßen, verlangen, die richtige ist, soll jetzt dahingestellt sein bleiben.

[25]) Vgl. Allfeld, Lehrbuch S. 167 ff.

Recht nicht entspricht, was im Widerspruche zur Rechtsordnung steht, gleichgültig, ob es sich um gesetztes oder nichtgesetztes, ob es sich um öffentliches Recht oder um einen anderen Rechtszweig handelt. Juristische Kenntnisse setzt also das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht voraus; der Täter braucht die übertretene Norm als solche nicht zu kennen, es genügt, das Bewußtsein, daß man sich mit seinem Tun, gegen den im Staate tatsächlich herrschenden Gemeinschaftswillen in Widerspruch setzt. Erst recht nicht erforderlich ist das Bewußtsein der Strafbarkeit; denn die Schuld bezieht sich auf die Tat und nicht auf deren Rechtsfolgen. Der Täter braucht überhaupt nicht zu wissen, daß seine von ihm als rechtswidrig erkannte Handlung vom Staate mit Nachteilen bedroht sei und daß sie unter ein Strafgesetz falle.[26]) Ebenso ist das Bewußtsein gegen moralische oder kulturelle Pflichten zu verstoßen gleichgültig; in diesem Sinne ist das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit weder erforderlich noch genügend; gibt es doch keinen klareren Maßstab als den des geltenden Rechts.[27]) (Näheres darüber siehe später).

§ 6

Das Verhältnis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu den beiden Schuldarten.

Wir haben gesehen, daß sich die Schuld des Täters nicht nur auf die Verwirklichung des objektiven Deliktbestandes, sondern auch auf dessen Eigenschaft als rechtlich verbotene Handlung, als Unrecht bezieht. Jetzt fragt es sich, in welcher Form diese seelische Beziehung des Täters zum Verbotensein der Tat für die beiden Schuldarten des Strafrechts, Vorsatz und Fahrlässigkeit, zu fordern ist.

Der Vorsatz ist nach der herrschenden Ansicht der Literatur und Praxis (RGE., 44 S. 325; 51, S. 311) das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale, er ist gegenüber der Fahrlässigkeit der ungleich schwerere Schuldgrad; zu dem Begriff des bewußten Rechtsbrechers, wie ihn der Vorsatzbegriff einmal geschaffen hat, gehört naturnotwendig, daß der Täter die Rechtsfeindlichkeit seiner Handlung auch in ganz bestimmter Form erkannt hat:

[26]) Allfeld, Lehrbuch S. 169.
[27]) Beling, L. v. V. S. 182.

zum Vorsatz gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Selbstverständlich reicht hier, wie auch sonst, eventueller Vorsatz aus; hält also der Täter auch nur für möglich, daß er gegen die Rechtsordnung verstoße und bildet dieses für ihn keinen Grund, die Handlung zu unterlassen, so handelt er in Bezug auf die Rechtswidrigkeit mit dem erforderlichen Vorsatze.[28]) Fehlt dieses Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, dann ist der Vorsatz ausgeschlossen. Gleichgültig ist hierbei, ob der Täter in entschuldbarem oder unentschuldbarem Irrtum handelte; denn auch im Falle des unentschuldbaren Irrtums fehlt ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Gleichgültig ist ferner, aus welchem Grunde dem Täter die Verbotswidrigkeit seiner Handlung unbekannt geblieben war. Für die Fälle des Rechtsirrtums kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

a) der Täter kennt die Norm überhaupt nicht, die das Gebot oder Verbot der Handlung enthält.

b) Der Täter nimmt irrtümlich an, die ihm an sich bekannte Norm treffe im gegebenen Falle nicht zu

aa) weil er glaubt, es liege ein Umstand vor, der die sonst rechtswidrige Handlung im einzelnen Fall als rechtmäßig erscheinen läßt; z. B. der Arzt hält die Operation für gerechtfertigt, obwohl ihm objektiv die Berechtigung dazu fehlt. (Allfeld, Lehrbuch S. 169.)

bb) Weil er der Ansicht ist durch sein Handeln ein positives Merkmal des von der Rechtsordnung mißbilligten Tatbestandes nicht zu verwirklichen; z. B. jemand hält seine zweite Eheschließung für erlaubt, weil seine erste Ehe materiell nichtig ist, ohne zu wissen, daß er erst nach formeller Nichtigkeitserklärung wieder heiraten darf. Oder: Die bewußtermaßen standesamtlich getraute Ehebrecherin nimmt an, daß eine Ehe erst durch die noch nicht stattgefundene kirchliche Einsegnung zustande komme. In diesem Fall weiß sie nicht, daß sie eine Ehe bricht. Schließlich: Ein Jäger erlegt wissentlich auf fremden Jagdgebiet einen Fuchs, hält ihn aber für ein nichtjagdbares Tier. Hier fehlt es an dem Vorsatz des § 292.[29])

---

[28]) Der Vorsatz setzt sich also aus einem psychischen und ethischen Momente zusammen.

[29]) Die Beispiele unter bb) stellen Fälle des sogenannten — beachtlichen — Subsumtionsirrtums dar; nur dann, wenn dieser den Täter zu einer Auffassung geführt hat, die es erklärlich erscheinen

Verlangt man zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, so muß man zur Fahrlässigkeit die als der leichtere Schuldvorwurf begrifflich nur die Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolges voraussetzt, die Möglichkeit dieses Bewußtseins fordern. Und zwar ist diese Bewußtseinsmöglichkeit, wie auch sonst bei der Fahrlässigkeit objektiv nach den Umständen und subjektiv nach den persönlichen Verhältnissen des einzelnen zu bemessen. Bei der Fahrlässigkeit tritt die Unterscheidung zwischen entschuldbarem und nicht entschuldbarem Irrtum praktisch in Erscheinung. Während durch den entschuldbaren Irrtum sowohl Vorsatz wie auch Fahrlässigkeit und damit jede Schuld ausgeschlossen ist, ist der unentschuldbare Irrtum zwar auch ein Ausschließungsgrund für den Vorsatz, nicht aber für die Fahrlässigkeit; vielmehr macht gerade die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums, welche die Erkennbarkeit des Verbotenseins der Handlung voraussetzt, den Begriff des fahrlässig Handelnden aus. Die Schuld besteht darin, daß es der Täter pflichtwidrig verabsäumte die seinen Lebenskreis berührenden Gesetze kennen zu lernen. Gleichgültig dagegen ist, ob der Täter im übrigen den Tatbestand einer strafbaren Handlung mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit verwirklicht, da ihn insoweit sein Rechtsirrtum entschuldigt. In vielen Tatbeständen des geltenden Rechts ist nur die vorsätzliche Begehung unter Strafe gestellt, der Täter kann also wegen einer solchen in unentschuldbarem Rechtsirrtum (-fahrlässig) begangenen Tat nicht bestraft werden: nulla poena sine lege.

läßt, daß er seine Tat als nicht rechtswidrig angesehen hat, ist der Vorsatz ausgeschlossen. Andernfalls ist der Subsumtionsirrtum unbeachtlich, es genügt dann die Kenntnis der konstituierenden Merkmale eines vom Gesetz gebrauchten Rechtsbegriffs, ohne daß ihre Zusammenfassung zum (Komplex)-Begriff gewußt zu werden bräuchte. Weiß jemand z. B., der zu Tötende ist sein Vater und hält ihn diese Kenntnis nicht von der Tötung ab, so tut das auch das Bewußtsein einen „Verwandten aufsteigender Linie" vor sich zu haben, gewiß nicht. Den Täter trifft in diesem Falle ohne Kenntnis des genannten Komplexbegriffes bei Begehung seiner Tat kein geringerer Schuldvorwurf, er hatte das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung im Sinne v. § 215 StGB. in gleicher Weise als wenn er den Begriff gekannt hätte. Ebenso ist jemand, der im rechtlichen Verkehr mittels eines gefälschten Schriftstückes eine Täuschung verübt, sich gewöhnlich nicht weniger bewußt etwas rechtlich Unerlaubtes zu tun, als wenn er die Urkundeneigenschaft des Schriftstückes gekannt hätte; die Kenntnis letzterer hätte ihn sicherlich ebenfalls nicht von der Begehung der Tat abgehalten.

Nur in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz überhaupt Bestrafung wegen Fahrlässigkeit eintreten läßt, kann diese Fahrlässigkeit zur Bestrafung führen.

Aus diesem Grunde heraus (rechtspolitische Bedenken!) wollen manche die Fälle des unentschuldbaren Rechtsirrtums, die man mit dem Begriffe „Rechtsfahrlässigkeit" umfassen will, generell bestraft wissen. Aber schon die Gesetze der Logik verbieten eine solche Unterscheidung — wenigstens für den, der den Rechtsirrtum mit dem Tatsachenirrtum auf die gleiche Stufe stellt; davon abgesehen ist die Pflicht sich in der Welt der Tatsachen genügend umzusehen, keinesfalls geringer als die, sich von den einschlägigen Gesetzen Kenntnis zu verschaffen. (vgl. Allfeld, R.J. S. 30 und unsere späteren Ausführungen darüber).

Aus Vorstehendem ergibt sich also:

1. Handelt der Täter bewußt rechtswidrig, so trifft ihn die Vorsatzstrafe.
2. Handelt er in einem unentschuldbaren Rechtsirrtum, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, allerdings nur dann, wenn die begangene Handlung auch als fahrlässiges Delikt unter Strafe gestellt ist.
3. Handelt er in entschuldbarem Rechtsirrtum, so entfällt die Schuld und damit jede Strafe; denn: k e i n e S t r a f e o h n e S c h u l d !

Der Irrtum bildet also gewissermaßen die Kehrseite des Vorsatzes;[30]) beide unterscheiden sich sozusagen nur durch das Vorzeigen. Nicht aber wird durch den Irrtum, wie wir sahen, die Schuld überhaupt ausgeschlossen; denn für die Fahrlässigkeit ist der Irrtum, soweit er unentschuldbar ist, geradezu kennzeichnend, während den Vorsatz auch der unentschuldbare Irrtum ausschließt.[31])

§ 7

Der Rechtsirrtum bei den Polizeidelikten.

Eine große Anzahl von Autoren tritt für die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums bei Polizeidelikten aus kriminalpolitischen Gründen ein.[32]) Diese Forderung ist

---

[30]) Siehe Allfeld, Lehrbuch S. 175 III. und Nr. 52.

[31]) Vgl. M. E. Mayer, Lehrbuch S. 316 Nr. 7.

[32]) v. Bar, Ges. u. Schuld II 413, 428; Bruck, S. 30; Heinemann, S. 70; Hälschner, S. 258; G.A. VIII, 164/5.

de lege lata unzutreffend, de lege ferenda durchaus rückschrittlich; denn die Polizeidelikte, die ja auch einen Teil des Strafrechts bilden, dürfen nicht anders behandelt werden als andere Sätze des Strafrechts. Der Satz „keine Strafe ohne Schuld" muß auf Polizeidelikte dieselbe Anwendung finden, wie auf andere Strafrechtssätze, zumal das Gesetz selbst bezüglich derjenigen Handlungen, die mit Rücksicht auf polizeiliche oder andere rechtspolitische Erwägungen mit Strafe bedroht sind, einen Unterschied nicht macht.[33]) Damit ist zugleich auch jene Ansicht widerlegt, die fahrlässiges Verhalten allgemein für das Verschulden bei Polizeidelikten genügen lassen will.[34])

Nach dem Gesagten muß auch eine Nichtbeachtung der Verschuldungslehre bei Durchführung gewisser Polizeivorschriften, die fiskalischer Natur sind, aus billigsten Gerechtigkeitsgedanken abgelehnt werden. Vor den Interessen der Gerechtigkeit müssen eben die Interessen des Staatssäckels zurücktreten.[35]) Binding bringt dies auch in seinen Normen[36]) mit folgenden Worten zum Ausdruck: „Die Annahme, daß ein materielles Strafgesetz mit vollem Bewußtsein an schuldlose Tatbestände eine Strafdrohung knüpfen könnte, enthält den schwersten Vorwurf, der je der modernen Strafgesetzgebung gemacht worden ist, den Vorwurf bewußter Verletzung der höchsten Grundsätze der Gerechtigkeit und des schnödesten Verrates an der Rechtschaffenheit der Staatsbürger."

2. Abschnitt

§ 8

Dei Behandlung des Rechtsirrtums in der Praxis.

Binding nennt in seinem Vorwort zu dem 3. Bd. der Normen die Praxis über den Irrtum zugleich eine Praxis voll des schwersten Irrtums. Wollen wir im folgenden sehen, inwiefern und inwieweit Binding Recht hat!

---

[33]) So auch Binding, Normen II, 1197, 1204; RGE. 12, 431; 29, 73.

[34]) Siehe auch RGE. 48, S. 323.

[35]) Siehe auch Beling, Grundzüge S. 54; Hammerer, S. 74.

[36]) Binding, Normen II, 616.

Das Preuß. Obertribunal gab noch in einzelnen Urteilen der Meinung Ausdruck, daß dem Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wesentlich sei. So u. a.[37]), im Erkenntnis vom 13. November 1874[38]): „Vielmehr ist bei Beurteilung des dolus das Bewußtsein des Angeklagten von der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise, von dem Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, ohne Rücksicht auf zivilrechtliche Präsumtion tatsächlich zu prüfen". Auch das Reichsgericht erklärte noch in einer Entscheidung vom 24. November 1879 (RGE. 1, S. 16) ausdrücklich: „Jede Straftat erfordert, soweit es sich nicht um Fahrlässigkeitsdelikte handelt, der subjektiven Seite der Vorsätzlichkeit, des dolus auf Seiten des Täters. Der letztere muß mit dem Bewußtsein handeln, daß er sich mit der bestehenden Rechtsordnung in Widerspruch setzt, indem er auf dem Rechtsgebiete Veränderungen vornimmt, welche ihm nicht zustehen, mögen im übrigen diese Veränderungen mit Strafe bedroht sein und diese Strafdrohung ihm bekannt sein oder nicht." Aehnlich geht es in RGE. 8 S. 104 (106) davon aus, daß „nichts darauf ankommt, durch welchen Umstand das Nichtwissen oder der Irrtum herbeigeführt ist, da es sich bloß um die Wirkung handelt". Dann aber hat es — von vorübergehenden Ausnahmen abgesehen Bd. 16 S 153 , Bd. 21 S. 313 diesen Standpunkt dauernd verlassen. Heute verlangt es das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nur dort, wo der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit ausdrücklich in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommen hat.[39]) Es begründet dies damit, daß die Rechtswidrigkeit, die an sich nur Begriffsmerkmal einer jeden strafbaren Handlung sei, durch diese Aufnahme zu einem Tatbestandsmerkmal werde und dann vom Vorsatz des Täters mitumfaßt werden

---

[37]) Oppenhof, Rechtsprechung des Obertribunals Bd. 14, S. 106; Bd. 16, S. 287; Bd. 20, S. 200.

[38]) Oppenhof, Rechtsprechung des Obertribunals Bd. 15, S. 777ff.

[39]) z. B. §§ 123 f., 127, 239, 240; 246; 299 f.; 303; 356. — In allen übrigen Fällen hat nach Ansicht des RG. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit keinen Einfluß auf die Bestrafung, so RGE. 57, S. 404; 55, S. 96 und 54, S. 161 sowie ältere Entscheidungen. Ein Italiener weiß z. B. nicht, daß in Deutschland homosexueller Verkehr unter Männern verboten ist; er meint, solcher Verkehr sei auch in Deutschland straffrei. Er verwirklicht mit Wissen und Willen den Tatbestand des § 175 StGB., glaubt aber nichts Verbotenes zu tun. Das RG. bestraft ihn wegen vorsätzlicher Uebertretung des § 175.

müsse.[40] [41] [42] Im übrigen ist aber seine Irrtumslehre jetzt fest — in Abweichung von seinem Grundprinzip — auf den Satz abgestellt, daß zwar außerstrafrechtlicher

---

[40] So RGE. 19, S. 89; 26, S. 265; 53, S. 85; 55; S. 15.

[41] Mehrere Autoren haben sich dieser Ansicht angeschlossen. (v. Liszt S. 142; v. Lilienthal S. 38; Heinemann S. 118 ff.; Kitzinger, Ger.S. S. 55, S. 91 u. a.) . Als Grund der abweichenden Behandlung wird angegeben:

a) gerade in den Fällen, wo das Moment der Rechtswidrigkeit ausdrücklich aufgenommen sei, bietet die Abgrenzung der nichtrechtswidrigen von den rechtswidrigen Tatbeständen besondere Schwierigkeiten. (v. Liszt, Ulmer S. 29, Schaeffer, S. 25). Aber die Abgrenzung bei Körperverletzung — man denke z. B. an einen Arzt oder Lehrer — oder Wucher ist doch sicherlich nicht minder schwierig als bei Freiheitsberaubung oder Sachbeschädigung (Berolzheimer sagt S. 341 Anm. 2: Dieser Grund scheint nicht zuzutreffen, denn wenn im Tatbestand gewisser Verbrechen die Abgrenzung der nichtrechtswidrigen von den rechtswidrigen Fällen besondere Schwierigkeiten verursacht, ist nicht abzusehen, wieso diese Schwierigkeiten dadurch gemindert werden sollten, daß der Gesetzgeber das Wort „rechtswidrig" in den Verbrechenstatbestand einschaltet).

b) Die gerade hier betonte, reichsrechtliche Zulassung einer landesrechtlichen Erlaubnis („Befugnis") zur Vornahme solcher Handlungen. (Halten von Glücksspielen) (v. Liszt). — Als ob es nicht noch andere Fälle gäbe, in denen ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch Landesrecht möglich ist (Züchtigungsrecht des Lehrers gegenüber den Delikten der Körperverletzung — u.a.). Mit Recht ist in der Literatur betont worden, daß dieser Standpunkt ein unrichtiger ist, da keinerlei sachliche Gründe gegeben sind, auf die besondere Erwähnung oder Nichterwähnung des Merkmals der Rechtswidrigkeit beim einzelnen Delikt eine solche tiefgreifende Unterscheidung zu stützen. Vergleicht man die Tatbestände, welche das Merkmal der Rechtswidrigkeit erwähnen mit denen, die es nicht tun, so findet sich nichts Gemeinsames, zeigt sich die völlige Bedeutungslosigkeit der Hervorhebung der Widerrechtlichkeit in den Tatbeständen. Ebenso: Allfeld, Lehrbuch S. 123, S. 167 Anm. 11; R.J. S. 38 Anm. 29; Binding, Normen II, S. 936; v. Hippel V.D. III, S. 557; Oetker, JW. 1927, S. 452; Ortloff; Ger. S. 34, S. 430 ff.; Olshausen, Kom. zu § 59 u.a.

[42] Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff S. 76 versucht allerdings zu zeigen, daß in all den Fällen, wo das RG. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefordert hat, ein außerstrafrechtlicher Irrtum vorgelegen habe. Damit wäre freilich die obige Ansicht in Frage gestellt; doch gibt das RG. keine solche Erklärung, sondern stellt ganz ausdrücklich darauf ab, daß „rechtswidrig" Tatbestandsmerkmal im Sinne von § 59 sei.

Rechtsirrtum, der dem Tatirrtum gleichzustellen sei, nicht aber ein Irrtum über das Strafgesetz den Täter entschuldige, daß also ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit, sofern er im Zivil- oder öffentlichen Recht seine Quelle hat, relevant sein solle, sofern er im Strafrecht selbst begründet ist, dagegen nicht. Einen Beweis für diesen Satz erbringt das RG. nicht. Die älteren Entscheidungen beschränken sich darauf, die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Anschauung zu behaupten (RGE. 4, S. 234; 10, S. 234). Die neueren Entscheidungen verweisen auf die „gleichmäßige, ständige" Rechtsprechung (vgl. u. a. RGE. 42, S. 27, S. 144).

Die Praxis des Reichsgerichts scheint darin ihren Grund zu haben, daß man den fälschlicherweise auf das Strafrecht[43]) bezogenen Satz „error iuris nocet" nicht aufgeben wollte, trotzdem aber das Empfinden hatte, daß die folgerichtige Durchführung dieses Satzes zu großen Unzuträglichkeiten führen mußte. Warum man aber gerade diesen — sonderbaren — Ausweg wählte, warum man nur halbe Arbeit leistete, indem man wohl den außerstrafrechtlichen, nicht aber den strafrechtlichen Irrtum für relevant erklärte, sucht man sich vergeblich klarzumachen. Der § 59 bietet trotz des „untauglichen" Versuchs von Lucas[44]) keinerlei Grundlage und Handhabe dafür.

Eine Erklärung gäbe es vielleicht noch: Man könnte annehmen, das Reichsgericht gehe davon aus, daß die Sätze des Strafrechts allgemein bekannt seien.[45]) Eine

---

[43]) Binding, Normen II, S. 300 ff., L.Z. 1917; S. 1 ff.

[44]) D.J.Z. 19, 1914, S. 249 ff.

[45]) Vgl. Ebermayer, L.Z. 1918, S. 803: Das RG. „stellt in den Fällen strafrechtlichen Irrtums eine nicht widerlegbare Vermutung des dolus auf; da jedermann die Strafgesetze kennen und richtig auslegen muß, kann der Angeklagte mit der Behauptung, das Gesetz im einzelnen Falle nicht gekannt oder falsch ausgelegt zu haben, nicht gehört werden, es ist vielmehr so abzusehen, als habe er es gekannt und nicht richtig ausgelegt, als sei er sich also des Verbotenseins seiner Handlung bewußt gewesen" — das RG. wehrt sich in RGE. 57, S. 408 gegen die Ansicht, daß es in den Fällen des strafrechtlichen Irrtums eine unwiderlegliche Rechtsvermutung des Inhaltes aufstelle, daß der Täter das Strafgesetz gekannt habe oder daß seine etwaige Unkenntnis schuldhaft sei. Es führt dort aus: „Der tiefere Grund dafür, daß ein Strafgesetzbuch auch gegen denjenigen wirkt, der es — sei es auch ohne Verschulden — nicht kennt, ist in etwas anderem zu suchen. Die Anschauung über das im Rechtsleben Gebotene und Verbotene, von der der Inhalt eines Strafgesetzes bestimmt ist, pflegt eine solche zu sein, die dem Ein-

solche Präsumtion widerspreche aber jeder Gerechtigkeit (siehe Allfeld, Rechtsirrtum S. 16). Hippel sagt mit Recht in der deutschen Strafrechtszeitung 1917, S. 16: „Die Lehre vom Strafrechtsirrtum fordert, daß der Staatsbürger in jedem Einzelfalle das Strafbare seines Tuns kennen müsse, betrachtet also diese Unkenntnis schlechthin als schuldhaft. Das mag in primitiven Rechtsverhältnissen zutreffen und auch für eine noch unentwickelte Rechtswissenschaft wenigstens entschuldbar sein. Das deutsche Strafrecht des 20. Jahrhunderts aber hat es nicht nötig, seine Schuldlehre auf eine offenbare Unwahrheit zu gründen. Kein Jurist „kennt" heute die Fülle unserer Strafgesetze in dem Sinne, daß sie ihm momentan gegenwärtig wären. Das gilt schon gegenüber dem Reichsrecht, erst recht gegenüber dem Landesrecht und in noch gesteigertem Maße gegenüber dem Kriegsverordnungsrecht. Jeder, auch der beste Jurist, kann fortgesetzt in die Lage kommen, sich über Strafrechtssätze und deren Sinn zu irren und zwar schuldlos. Massenhafte Strafrechtssätze treten heute mit dem Tage der Verkündung in Kraft, also

---

zelnen nicht fremd, sondern schon kraft seines Stehens im Rechtsleben überhaupt und seiner dadurch vermittelten Kenntnis der allgemeinen Lebensverhältnisse geläufig ist. Was durch ein staatliches Strafgesetz verboten ist, widerspricht in der Regel dem allgemeinen Sittengesetz oder doch derjenigen Denkweise, die im staatlichen Leben jeweils richtunggebend und als solche ebenfalls allgemein (?) bekannt ist. Zuwiderhandlungen tragen also den Charakter des Verbotenseins schon — unabhängig vom Strafgesetz — gewissermaßen in sich selbst. Infolgedessen kann es dem Einzelnen zugemutet werden, sich in den Schranken der Strafgesetze auch dann zu halten, wenn ihm deren Reichweite im einzelnen nicht bekannt ist, sogar nicht bekannt sein kann. Allerdings gibt es ausnahmsweise auch Strafgesetze, die Handlungen untersagen, welche abgesehen von ihrem ausdrücklichen Verbotensein, also nach den allgemeinen Regeln des menschlichen Zusammenlebens, nichts Unerlaubtes an sich haben, insbesondere sittlich indifferent sind. Es handelt sich dabei jedoch zumeist um den Schutz allgemein bekannter Rechtseinrichtungen — beispielsweise des Postzwangs — deren Wesen zu kennen und zu beachten dem Einzelnen ebenfalls zugemutet werden kann. Wo aber von solcher Zumutbarkeit nicht die Rede sein kann — wie bei zahlreichen Straftaten der kriegswirtschaftlichen oder steuerrechtlichen Gesetzgebung — wo also die starre Durchführung des Satzes iuris ignorantia nocet in der Tat zu unbilligen Härten führen mußte, hat die Rechtsordnung selbst die Wirkung des Grundsatzes auf ein der Billigkeit entsprechendes Maß abgeschwächt durch die sogen. Irrtumsverordnung und durch § 358 R.A.O. — (vgl. Bay. Ob. L. 10, S. 388—401).

ehe die Behörden und Untertanen davon überhaupt Kenntnis haben, in massenhaften Fällen ferner sind Geltung und Umfang des Gesetzes zweifelhaft. Jeder Streit über Sinn und Bedeutung eines Strafgesetzes im Beratungszimmer zeigt uns den schuldlosen „Strafrechtsirrtum" der überstimmten Minderheit der Juristen, die vielleicht ihrerseits gerade die richtige Auffassung vertreten. Vom Laien aber fordert die Lehre vom Strafrechtsirrtum, daß er alle für sein Handeln wesentlichen Strafgesetze kenne und sie richtig, also im Sinne des zur Entscheidung berufenen Gerichts, anwende. Das ist eine direkt sinnlose Anforderung. Das Strafgesetz hört damit auf, die erfüllbare Norm des Handelns für anständige Menschen zu sein; es wird zum Geßler'schen Hut, aufgehängt, damit man ihm Reverenz erweise". Allfeld fragt S. 35 R.J. mit Recht, „wodurch es denn gerechtfertigt ist, daß die Leute im Gebiet des Strafrechts weise sein müssen, auf anderen Rechtsgebieten aber der reinen Torheit sich erfreuen dürfen". In seinem Streben nach einem mittleren Standpunkt in der Irrtumslehre hat das Reichsgericht die fehlgreifende Folgerung gezogen, das Strafgesetz muß man kennen, andere Gesetze nicht. Für den Schuldvorwurf kann es aber nicht darauf ankommen, wo der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausspricht. Durchaus gleichgültig ist hiefür die systematische Stellung der betreffenden Vorschrift in dem einen oder anderen Gesetz,[46]) und ebenso gleichgültig die an den betreffenden Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge. Es ist ohne weiteres möglich, daß man über das Strafgesetz in entschuldbarster Weise, über andere Gesetze in leichtfertigster Weise irrt. Ob der Täter das Gesetz kannte oder wenigstens kennen mußte, das ist allein für uns die maßgebende Frage, wenn wir ihm sein Verhalten zur Schuld anrechnen wollen. Die Unterscheidung zwischen Strafrechts- und sonstigen Rechtsirrtum ist daher in

---

[46]) Diese Stellung wird nicht durch Rücksichten auf die Schuldlehre, sondern auf den objektiven Inhalt der betreffenden Vorschriften bestimmt. Sie ist überdies teilweise das Ergebnis zufälliger Entwicklung. So steht heute die Notwehr im Strafgesetzbuch (§ 53) und im BGB. (§ 227)! Der Notstand ist teils strafrechtlich (Strafgesetzbuch §§ 52, 54) teils zivilrechtlich (§§ 228, 904) teils gewohnheitsrechtlich geregelt. Würde ein Gesetzgeber diese Fälle im Strafrecht zusammenfassen, so geschähe es um den Notstand einheitlich zu regeln, nicht aber um das Gebiet des Strafrechtsirrtums und damit des strafbaren Vorsatzes zu erweitern.

der Grundlage verfehlt.[47]) Sie widerspricht aber auch den primitivsten Grundsätzen der Gerechtigkeit, wie wir bereits angedeutet haben, sie führt zu roher Erfolgshaftung.

Mit diesen Begriffen Strafrechtsirrtum und außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum arbeitet das Reichsgericht in zwei Fällen, einmal da, wo der Täter den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen herbeiführte, seine Handlung aber rechtsirrtümlich für erlaubt hielt; dann aber auch in dem Fall, wo infolge Rechtsirrtums ein Merkmal des besonderen Deliktstatbestandes ihm unbekannt geblieben ist. Wir wollen für beide Fälle ein paar Beispiele anführen, aus denen sich die Haltlosigkeit des reichsgerichtlichen Standpunktes besonders ergibt.

Eine Haushälterin hat auf Veranlassung und auf Diktat der Erblasserin, deren Testament errichtet und mit deren Namen unterschrieben, sie ist deshalb wegen Urkundenfälschung angeklagt. Das Reichsgericht meint (in RGE. 57, S. 235), es sei entscheidend, ob sich die Haushälterin in einem Irrtum über die Wirksamkeit des ihr erteilten Auftrages oder aber in einem Irrtum über die Gültigkeit des Testaments befunden habe. Der erstere sei ein außerstrafrechtlicher, der zweite ein strafrechtlicher Rechtsirrtum)

Ein anderer Fall! § 1309 BGB. verbietet die Bigamie und § 171 des StrGB. bedroht die Bigamie mit Strafe. Die Rechtsnormen des Familienrechts und das Strafgesetz decken sich vollständig. Die Unkenntnis des Täters kann sich entweder auf das staatliche Eheverbot oder die staatliche Strafdrohung oder auf beides zugleich beziehen. Wie will man nun bei einem Individuum, das sich diese Unterschiede niemals klargemacht hat, ergründen und beweisen, welcher Irrtum in concreto vorliegt.[48])

A hat z. B. seine Ehefrau B vor 20 Jahren verlassen und in Amerika eine andere Frau C geheiratet. B weiß, daß ihre Ehe nach deutschem Recht fortbesteht und daß die Bigamie in Deutschland verboten ist. Sie ist

---

[47]) Im BGB. wird Schadensersatzpflicht bei schuldlosem Rechtsirrtum verneint, vgl. bereits Planck, Kommentar 3. Aufl. 1907 § 823, Nr. 4; Enneccerus, Lehrbuch 4. Aufl. 1910; Bd. Schuldverhältnisse S. 599 Anm. 31 und dort zit. RG., D.J.Z. 1907, S. 539 — umsoweniger ist Bestrafung haltbar.

[48]) Nicht anders ist es bei der Notwehr, die im BGB. und im StrGB. gleich geregelt sind.

jedoch der Meinung, daß in Amerika andere Gesetze gelten und daß die zweite Ehe des A nach amerikanischem Recht gültig sei. B glaubt nun, wenn es einem Ehegatten gestattet sei in Amerika wieder zu heiraten, müsse es dem anderen Ehegatten auch gestattet sein, in Deutschland wieder zu heiraten; sie schließt daher eine neue Ehe mit D. Ist der Irrtum der B. ein Irrtum über das Strafgesetz oder nicht? Das Reichsgericht würde diese Frage bejahen. Würde die B aber in dem Glauben, ihre mit A bestehende Ehe sei durch dessen anderweitige Eheschließung zur Aufhebung gelangt, wieder eine neue Ehe eingehen, so würde sie sich nach der Ansicht des Reichsgerichts in einem beachtlichen außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum befinden. (Vgl. RGE. 4, 38; 9, 84.)

Zu dieser Gruppe gehört auch folgender Fall mangelnden Rechtsbewußtseins: Der Täter glaubt, es bestehe ein Rechtssatz, der der Verwirklichung des Tatbestandes den Charakter der Rechtswidrigkeit nehme. Jemand glaubt z. B., das Gesetz gestatte es, ein ungezogenes Kind auch dann zu züchtigen, wenn es nicht das eigene ist; oder Notwehr sei auch gegenüber einem erst in der Zukunft drohenden Angriff gestattet. Das Reichsgericht nimmt in solchen Fällen irrtümlicher Annahme eines die Rechtswidrigkeit ausschließenden Rechtssatzes unbeachtlichen Strafrechtsirrtum an[49]) und bestraft — mag der Irrtum verschuldet sein oder nicht, mit der vollen Strafe eines bewußt vorsätzlich Handelnden (RGE. 4, 98; 33, 32; 41, 98; 43, 277)[50]), während ein Irrtum über den Umfang, die gesetzlichen Schranken einer an sich bestehenden Befugnis nach reichsgerichtlicher Ansicht entschuldigt. (RGE. 37, 71; 42, 142; 61, 191; ähnlich RGE. 33, 32; 74; 59, 408)

Wenden wir uns der zweiten Gruppe zu, das ist zu den Fällen, wo das Reichsgericht seine bekannte Unterscheidung strafrechtlicher oder sonstiger Irrtum — auf Deliktsmerkmale des einzelnen Deliktstatbestandes anwendet! Sein Standpunkt ist dabei folgender: Sind in den Tatbestand des einzelnen Strafgesetzes rechtliche Begriffe einbezogen, so bedarf es der Prüfung, ob diese Begriffe anderen Rechtsgebieten unverändert entnommen sind, sodaß die außerstrafrechtlichen Vorschriften als maßgebend

[49]) Wiewohl ein solcher Rechtssatz, der dies erlaubte, sich doch außerhalb des Strafrechts befinden würde.

[50]) Ebenso RGE. 61, 242 (258).

für die Begriffe zu gelten haben, oder ob das Strafgesetz die Begriffe seiner eigenen Regelung unterwirft. Das Strafgesetzbuch legt — nach reichsgerichtlicher Ansicht — für § 173 den Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft, für § 174 den Begriff der Pflegeeltern, für § 263 den Begriff des Vermögens, für § 267 den Begriff der Fälschung und der Oeffentlichkeit einer Urkunde, für § 286 den Begriff der Lotterie selbständig fest. RGE. 34, 418; 58, 62, 172; 57, 236; 60, 362; J. W. 54, 625. Dagegen entlehnt das Strafgesetzbuch den in § 242 verwendeten Begriff der fremden Sache dem bürgerlichen Recht. (Siehe auch RGE. 39, 370; 40, 203; 53, 237 (240); 56, 22).

Wenn wir nach den Gründen fragen, an Hand derer das Reichsgericht den einen Begriff als von dem Strafgesetzbuch selbständig geregelt, den anderen als nur entlehnt erkennen konnte, so lautet die Antwort: Es ist reine Willkür; man könnte mit demselben „Recht" umgekehrt entscheiden. Es ist völlig abwegig in dieser Weise die Unterscheidung, strafrechtlicher und außerstrafrechtlicher Irrtum, auf ein Deliktsmerkmal des einzelnen Tatbestandes anzuwenden; für die Schuld und damit für die Bestrafung kommt es allein darauf an, ob sich der Täter bei seinem Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewußt war oder nicht. Wir haben oben in § 6 Fälle kennengelernt, in denen ein solcher Irrtum auf die rechtliche Wertung der Tat durch den Täter gar keinen Einfluß hat, weil er trotz des Irrtums erkennt, daß seine Handlung widerrechtlich ist; hier genügt schon die Kenntnis der den Begriff konstituierenden Merkmale, so bei dem Begriff „Urkunde", „falscher Schlüssel" usw. . . Wegen dieser verschiedenartigen Wirkung des Irrtums über Rechts und Komplexbegriffe sollte umsomehr die Bestrafung des Täters nicht an äußere Zufälligkeiten geknüpft, sondern vielmehr von den inneren Vorgängen in der Psyche des Täters bedingt sein.

Ein paar Beispiele werden dies veranschaulichen:

A war von seiner Ehefrau B, die ihm eine Tochter C aus ihrer früheren Ehe zugebracht hatte, geschieden. 10 Jahre später haben A und C fortgesetzt miteinander den Beischlaf vollzogen. Sie glauben jedoch, daß das Schwägerschaftsverhältnis nach richterlicher Trennung der dasselbe begründeten Ehe nicht mehr bestehe und hielten sich unter dem Einflusse des Irrtums nicht mehr für verschwägert. Nach RGE. 34, S. 418 ist dies unbeachtlicher Strafrechtsirrtum, da der Begriff Ver-

wandtschaft und Schwägerschaft in § 173 ein strafrechtlicher ist.[51])

In Bd. 8 S. 17 werden Eltern, die aus Irrtum über die Bedeutung des Begriffes „Unzucht" den Geschlechtsverkehr ihrer verlobten Tochter mit deren Bräutigam dulden, wegen Kuppelei mit Zuchthaus bestraft. Der Begriff Unzucht ist aber überhaupt kein rechtlicher, vielmehr ein solcher der Sitte, sodaß schon deswegen der Irrtum hierüber kein Irrtum über das Strafgesetz sein kann.[52])

Ebenso ist nach RGE. 60 S. 300 ein Irrtum über den Begriff „dieselbe Rechtssache" in § 356 unbeachtlich, da „Quelle des Begriffs der § 356 StrGB. ist".

Die Beispiele ließen sich an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts ins Ungemessene vermehren, wir verweisen auf Kohlrausch's Schrift, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht S. 118 ff., wo das einschlägige Material zusammengestellt ist.

Zeigte sich in unserer bisherigen Betrachtung die Unterscheidung zwischen Strafrechts- und sonstigen Rechtsirrtum als bereits in der Grundlage verfehlt, so werden wir im folgenden erkennen, daß sie in der Art der Durchführung, die ihr das Reichsgericht gibt, unsicher und willkürlich ist. Die Gesamtrichtung des Reichsgerichts läßt sich dahin kennzeichnen: Strafrechtsirrtum wird angenommen, wenn man den Fall, vielleicht mit Recht, für strafwürdig hält. Die Begründung lautet dann: Das steht zwar nicht im Strafgesetz, sondern anderswo, aber das Strafgesetz nimmt darauf Bezug und so liegt doch ein Irrtum über das Strafgesetz vor.[53]) Wäre das richtig, so läge immer Strafrechtsirrtum vor. Denn entweder regelt das Strafrecht selbst einen Rechtsbegriff oder es nimmt dabei auf andere Rechtsgebiete Bezug; eine andere Möglichkeit besteht nicht. Das Reichsgericht aber bejaht bald die Bezugnahme, bald verneint es sie, sodaß auch der beste Jurist nicht voraussagen kann, ob es irgend einen Irrtum für strafrechtlich oder außerstrafrechtlich

---

[51]) Vgl. auch D.J.Z. 1927, S. 1033.

[52]) Ähnlich ist der Begriff „Glücksspiel" kein rechtlicher, sondern ein gesellschaftlicher. Vgl. aber RGE. 19, 253; 43, 23.

[53]) Vgl. RGE. 9, S. 238: Wo ein Strafgesetz in seine Norm Rechtsbegriffe aufnimmt, dieselben zum Bestandteil des Strafgesetzes macht, ist die Unkenntnis dieses Rechtsbegriffes, Unkenntnis des Strafgesetzes und schützt den Täter vor der Strafe des Gesetzes nicht. — RGE. 37 S. 389.

erklären wird. Das Reichsgericht macht Rechtssätze, die Voraussetzungen des Strafgesetzes sind, zu Bestandteilen des Strafgesetzes. Das ist eine wissenschaftlich wie praktisch unhaltbare Lage. Wie unbefriedigend sie für die Untergerichte ist, zeigen die fortgesetzt an das Reichsgericht herantretenden Revisionen.[54])

Zur näheren Veranschaulichung der reichsgerichtlichen Theorie folgende Beispiele:

§ 26 des Branntwein-Kontingent-Gesetzes vom 14. 6. 1912 stellt Zuwiderhandlungen gegen § 107 Branntwein-St.-Gesetz vom 15. 7. 09 unter Strafe, wonach als „Kornbranntwein" nur aus Roggen, Weizen, Hefe oder Gerste hergestellter Schnaps verkauft werden darf. Der Angeklagte hatte nun ein Getränk aus Spiritus und Wasser hergestellt, das seine polnischen Kunden als „Korn" immer wieder bestellten und von ihm ausgeschenkt erhielten. Es kam ihm deshalb nicht in den Sinn, sich dadurch strafbar zu machen. Das Reichsgericht straft, weil der Täter sämtliche Merkmale des Deliktstatbestandes (hier also die Zusammensetzung des Getränkes, und dessen Verkauf unter der Bezeichnung „Korn") gekannt habe. Daß er die gesetzlichen Vorschriften über die Zusammensetzung des Kornbranntweins nicht gekannt habe, sei als Strafrechtsirrtum unbeachtlich. § 107 Branntwein-St.-Gesetz sei nämlich als Bestandteil des Strafgesetzes anzusehen, § 26 Branntwein-Kontingent-Gesetz eine Zuwiderhandlung gegen § 107 unter Strafe stelle. (RGE. 48, S. 134).

Jemand ist über den Begriff des persönlichen Gebrauches im Sinne des § 15 Abs. 2 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst im Zweifel; er erkundigt sich bei Sachverständigen; diese teilen seine Auffassung, daß der Gebrauch, den er mit einer Vervielfältigung beabsichtigt, ein persönlicher Gebrauch im Sinne des § 15 Abs. 2 sei. Das Erstgericht, vielleicht auch das Berufungsgericht, sind der gleichen Ansicht und sprechen frei. Das Revisionsgericht kommt nach langwieriger Ueberlegung zur entgegengesetzten Ansicht und verurteilt, indem es zu dem Angeklagten sagt: Die §§ 1—35 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst werden dadurch, daß § 38 dieses Gesetzes darauf Bezug nimmt, zu Sätzen

---

[54]) Vgl. Hippel, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit 1924, S. 3. Danach mußte das RG. in dieser Rechtsfrage nun schon über 250 Urteile fällen.

des Strafrechts; dein Irrtum über diesen Begriff ist also unbeachtlicher Strafrechtsirrtum, mag er auch noch so entschuldbar sein; du kannst dich auf ihn nicht berufen. Du mußtest das Strafgesetz richtig, nämlich so, wie wir es getan haben, auslegen. Du hast das nicht getan und so wird unterstellt, daß du vorsätzlich gehandelt hast (RGE. 48, S. 128).

Mit dem gleichen Rechte sagt Allfeld S. 329 seines Kommentars müßte man die Bestimmungen des BGB. über Eigentumserwerb für strafrechtlich erklären, weil die §§ 242, 246, 303 StrGB. mit dem Merkmal „fremd" auf sie Bezug nehmen, und ebenso die Grundsätze über Rechtskraft des Urteils, weil es von ihnen abhängt, ob eine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist (StrGB. § 171) und man müßte den wegen Diebstahl oder Unterschlagung oder Sachbeschädigung strafen, der gemeint hat, durch bloßen Kaufabschluß schon das Eigentum an der zugeeigneten oder beschädigten Sache erworben zu haben und den wegen Bigamie, der seine Ehe vor Rechtskraft des Scheidungsurteils für gelöst gehalten hat. Der Standpunkt des Reichsgerichts führt aber gerade hier auf dem Gebiete des Urheberrechts zu einem geradezu absonderlichen Rechtszustand: Der Rechtsirrtum vermag den nach § 36 des Gesetzes zur Begründung einer Schadensersatzpflicht erforderlichen Vorsatz und wenn er entschuldbar ist, auch die Fahrlässigkeit auszuschließen, sodaß im Falle entschuldbaren Irrtums die Schadensersatzpflicht wegfällt, während er andererseits den strafrechtlichen dolus unberührt bestehen läßt. Man sollte meinen, was im Zivilrecht möglich ist, sollte erst Recht im Strafrecht zutreffen, zumal dieses viel wuchtiger als jenes in die Individualsphäre des Einzelnen eingreift. Ebenso werden die Bestimmungen der Gesetze über das Patentrecht und des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen, welche die Befugnisse des Berechtigten begrenzen, als Bestandteile der Strafbestimmungen dieser Gesetze angesehen, womit der Irrtum über jene an sich zweifellos zivilrechtlichen Bestimmungen für einen strafrechtlichen Irrtum erklärt ist.

RGE. 10, 234 nahm bei Jagddelikt (Täter hatte den Dachs nicht für nicht jagdbar gehalten) mit Recht Zivilrechtsirrtum an (über das Jagdrecht).

In einer Entscheidung vom 19. 5. 1892 (GA. 40 S. 150) wird dagegen ausgeführt, daß derjenige, der die Aneignung von verschossener Munition aus Kugelfängen der

Truppen in der allgemeinen Meinung der Dereliktion vornehme, sich in einem unentschuldbaren Irrtum über die Bedeutung des Strafgesetzes (?) befinde, daher eines Vergehens nach § 291 StrGB. schuldig sei.

Der Begriff „Kaufmann" ist ein handelsrechtlicher, die Begriffe „Soldat", „Beamter" gehören dem öffentlichen Rechte an. Trotzdem betrachtet das Reichsgericht den Irrtum über die Kaufmannseigenschaft ebenso den Irrtum darüber, ob jemand Soldat ist, als strafrechtlichen (RGE. 8 S. 147; 26, S. 314), während es den Irrtum über die Beamteneigenschaft, wiewohl § 359 Str. GB. diesen Begriff selbst umschreibt, in seiner früheren Rechtsprechung als außerstrafrechtlichen entschuldigen läßt (RGE. 23, S. 374).[55]) Sehr bezeichnend sind die Ausführungen in der Entscheidung Bd. 3 S. 410, wo zu lesen ist: die bloße Unkenntnis der vom Strafgesetz vorausgesetzten Verpflichtungen (z. B. des Buchführens) könne die Strafbarkeit (aus § 240 KO.) ebensowenig ausschließen, wie die Unkenntnis des Strafgesetzes selbst — damit wäre die ganze Unterscheidung aufgegeben, da ja das Strafrecht als Schutzrecht überall die zu schützenden Rechtssätze anderer Rechtsgebiete voraussetzt.[56])

Die Methode des Bezugnehmens ermöglicht es den gleichen Fall so und so zu entscheiden. Es ist in keinem Falle mehr vorherzusagen, welche Stellung das Reichsgericht einnehmen wird. Welche Widersprüche bei dieser Methode herauskommen, führt treffend Hippel (R. J. S. 7) aus unter Hinweis auf die Rechtsprechung bei einem Irrtum über Blankettstrafgesetze. Das Reichsgericht nimmt in beständiger Praxis an, ein Irrtum über eine zur Ausfüllung eines Blankettstrafgesetzes dienende Norm sei ein außerstrafrechtlicher, den Vorsatz ausschließender Rechtsirrtum.[57]) Hier wird ja aber gerade auf ein anderes Gesetz Bezug genommen!

---

[55]) In späteren Urteilen (RGE. 53, 131; 57, 367) freilich bezeichnet es den Rechtsbegriff des Beamten als Komplexbegriff, in dem Sinne, daß der Täter die Tatsachen nur zu kennen brauche, aus denen die rechtliche Folgerung seiner amtlichen Eigenschaft abzuleiten ist. Im Ergebnis war zweifellos die frühere Ansicht die richtige, wenn auch die Begründung falsch war.

[56]) In RGE. 61, S. 429 wird der Irrtum über den gesetzlich geregelten Umfang der Eidespflicht als außerstrafrechtlicher (über Prozeßrecht) betrachtet. Kritik: Warum hier keine Bezugnahme?

[57]) RGE. 55; 121; 56, 339; 57, 15. — Das Bay. Ob. Landesger. erklärt im — logischen — Gegensatz zum RG. in solchen Fällen

In einer der jüngeren Entscheidungen (RGE. 55, S. 121; 56, S. 416) steht zu lesen, daß ein Irrtum über eine Verordnung des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 der Reichsverfassung ein Strafrechtsirrtum sei. Hier enthalte die Rechtsverordnung selbst die Strafvorschrift. Würde nun das auf Grund von Art. 48 Abs. 2RV. dereinst zu erlassende Reichsgesetz eine Blankettstrafdrohung enthalten, so müßte das Reichsgericht bei der gleichen Sachlage, bei der es jetzt verurteilt, dann freisprechen, obwohl ein innerer Anlaß zu einer solchen Aenderung in keiner Weise vorliegt.

Vor allem in der Kriegsnotverordnungszeit hat der Satz von der Unentschuldbarkeit des strafrechtlichen Irrtums im selben Maße noch ungerechter gewirkt, als sich seine Voraussetzung, daß jeder Bürger die Gesetze seines Landes kennen müsse, noch weiter von der Wahrheit, entfernt hat. Daß das Reichsgericht von Anfang an die Anordnungen anderer Behörden, die dem Blankettstrafgesetz Inhalt geben, nicht als strafrechtliche auffaßte, hat den Mißstand wohl gemildert, aber nicht aufgehoben. Zu welchen widersprechenden Ergebnissen der Standpunkt des Reichsgerichts im Bereiche der Kriegsnotverordnungen führte, zeigt Reichsgerichtsrat (jetzt Senatspräsident) Lobe in der Leipziger Zeitschrift 1916, S. 641–718 ff.

Besonders bemerkenswert ist das Höchstpreisgesetz, das als Blankettstrafgesetz den Landesbehörden und deren Unterbehörden die Befugnis gibt, Höchstpreise festzusetzen — also die Gebote und Verbote zu erlassen — und sich darauf beschränkt die Ueberschreitung dieser Höchstpreise mit Strafe zu bedrohen. Die von den Landeszentralbehörden erlassenen Höchstpreisverordnungen sind danach nicht strafrechtlicher Natur, ein Irrtum über sie mithin beachtlich. Nun hinderte aber den Bundesrat das Höchstpreisgesetz nicht, auf Grund des § 3 des Ermächtigungsgesetzes vom 4. 8. 14 selbst Höchstpreise festzusetzen und diese mit Strafe zu bedrohen. Ein Irrtum über einen solchen Höchstpreis

---

einen Rechtsirrtum als unbeachtlichen Strafrechtsirrtum . Vgl. Bay. Ob. L. 26, S. 33/34: „Das Ob. Landesgericht hat, wenn auch die Ansichten geteilt sind, in ständiger Rechtssprechung daran festgehalten, daß auch der Irrtum über eine zur Ausfüllung der gesetzlichen Strafandrohung (Blankettgesetz) erlassenen Polizeivorschrift ein Irrtum über das Strafgesetz selbst ist (Sammlung Bd. 12 S. 278; vgl. auch Oberländer, Bezold a.a.O. S. 329)".

ist dann also unentschuldbarer Strafrechtsirrtum bei vollkommen gleicher Sachlage.

Ganz unhaltbar ist es schließlich, daß die reichsgerichtliche Unterscheidung dazu zwingt, auch dann zu strafen, wenn der Irrtum über das Strafrecht durch eine rechtsirrige Auskunft selbst der zuständigen Behörde (vgl. hiezu RGE. 59 S. 255) hervorgerufen ist. Ebenso folgerichtig (aber auch unbillig) ist es vom Standpunkt des Reichsgerichts, wenn auch der für schuldig erklärt wird (RGE. 26, S. 265), der eine notwendige behördliche Erlaubnis zwar einholte, aber von einer Behörde, die sich nur irrtümlich für zuständig gehalten hat. Wäre diese letztere nicht als mittelbarer Täter oder Anstifter strafbar?

Wir haben bisher gesehen, daß das Reichsgericht seinen Fundamentalsatz: Error iuris nocet durch Beachtung des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums durchbrochen, daß es sich bei der Behandlung des strafrechtlichen Irrtums gar oft selbst widersprochen hat, zum Schlusse wollen wir noch einige Fälle näher ins Auge fassen, wo es seiner eigenen Doktrin gegenüber inkonsequent geworden ist.

So erkennt Reichsgericht-Entscheidung Bd. 13 S. 81 an, daß der Begünstiger (wie der Hehler) wissen muß, die Vortat sei eine strafbare Handlung. Damit läßt das Reichsgericht hier auch den strafrechtlichen Irrtum entschuldigen. Nach ständiger Rechtsprechung (siehe RGE. 63 S. 219 ff., 54, 196; 21, 189) schließt die irrige Annahme eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs (sogen. Putativnotwehr), falls auf Tatsachen beruhend, den Vorsatz aus. Mit diesem an sich richtigen und befriedigenden Ergebnis tritt aber das Reichsgericht in heftigstem Widerspruch zu seiner bis heute (zuletzt in RGE. Bd. 63 S. 218) so zäh festgehaltenen Doktrin, daß „das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit regelmäßig nicht zum Vorsatz gehöre." Denn wer zugibt, der Glaube des Täters eine rechtmäßige Handlung zu begehen, schließe den Vorsatz aus, muß dem Vorsatz — schon aus Gründen der Logik heraus — das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zusprechen. Wie soll nämlich der Vorsatz ausgeschlossen werden durch Wegfall eines Merkmals, das ihm nicht wesentlich ist?[58]) Prinziplos ist auch RGE. 52, S. 101, wonach bei Unterlassungen im Gegensatz zum positiven Han-

[58]) Aehnlich verhält es sich, wenn man einen tatsächlichen Irrtum über das Vorliegen des § 193 StrGB., sowie die irrtümliche Annahme der Einwilligung des Betroffenen entschuldigen läßt. (RMG. 9, 70; Bay. Ob. LG. 4, 211).

deln das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit doch dem Vorsatz wesentlich sei.

Wenn wir am Schlusse unserer Betrachtung über die Behandlung des Rechtsirrtums in der Praxis ein kurzes rückblickendes Urteil aussprechen dürfen, so müssen wir leider feststellen, daß der Standpunkt des Reichsgerichts ungerecht, unsicher, widerspruchsvoll und willkürlich ist. Nicht die Quelle des Irrtums, sondern allein das Maß der Schuld muß für die Bestrafung maßgebend sein. Das Gesetz gibt — wie wir bereits ausführten, — keinerlei Möglichkeit zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum zu unterscheiden; im übrigen fehlt, wenn der Täter seine Tat, infolge eines Irrtums über das Recht oder seine Anwendbarkeit für erlaubt gehalten, jeder innere Grund dafür, daß dem strafrechtlichen Irrtum eine Wirkung versagt wird, die dem nichtstrafrechtlichen ohne weiteres gewährt wird. Beling (Unschuld S. 23) erinnert an die Worte H. Seufferts (Breslauer Festschrift): Daß der frei von Schuld sei, der eine Norm, wenn ihn nicht ein Gott erleuchte, nicht kennen konnte und daß dieser nicht mehr und nicht weniger strafbar sei, als der Gott des Regens, der den vertrockneten Gärten und Wiesen das erfrischende Naß versagt. Mit Recht hat man weiter darauf hingewiesen, daß diese Rechtsprechung bei den Untergerichten vielfach keinen Anklang gefunden hat. Bei den Schöffengerichten ist das nicht weiter verwunderlich. Man mag über die Laienrichter denken wie man will, — hier finden sie den richtigen Weg; denn sie rücken überall das natürliche Rechtsempfinden in den Vordergrund und verhelfen diesem trotz aller Gegenvorstellungen des Berufsrichters), unbekümmert um etwaige juristische Bedenken, zum Sieg. Das Dogma von der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums muß also fallen[59]), anders kann unsere Lehre nicht gesunden: der Rechtsirrtum ist dem tatsächlichen Irrtum gleichzustellen; der Satz: Ohne Schuld keine Strafe muß zum Ausgangspunkt in der Behandlung der Irrtumslehre werden.

---

[59]) Wohin die Rechtsprechung eventuell führt, dafür noch ein Beispiel aus der Praxis: Ein anständiger Bauer wurde wegen schwerer Kuppelei (§ 181 Nr. 2 StrGB.) angeklagt, weil er, wie in jener Gegend allgemein üblich, dem Verlobten seiner Tochter den Beischlaf gestattet hatte. Das Gericht, das verständigerweise freisprechen wollte, stellte tatsächlich fest (!), der Bauer habe angenommen, daß der Verlobte einen zivilrechtlichen Anspruch auf Beischlafsvollziehung habe! So war die Sache revisionssicher.

Es ist daher kein Wunder, wenn die Ansicht des Reichsgerichts in der Theorie fast einmütig abgelehnt wurde.[60])

---

[60]) Allfeld, R. I S. 33, 34/85: Der innere Grund für diese Unterscheidung läßt sich schlechterdings nicht finden. Sie führt zu größter Willkür und Ungerechtigkeit . . . . Man sollte sich hüten, durch solche des inneren Grundes entbehrende Unterscheidungen den Glauben an die Gerechtigkeit und die Vernunft des Rechts zu erschüttern. — Alsberg, In Reform des Strafrechts, S. 58 — v. Bar, Ges. und Schuld Bd. 2. S. 401 — Beling, Grundzüge S. 46 — Binding, besonders Ger. S. 81. S. 19 ff; Normen III, S. 327 — Bülow, G.A. 45, S. 321 ff.; Ger. S. 59 S. 1 ff. — von Calker, Grundriß 37/38 — Dohna, Recht und Irrtum 1925, S. 26 ff. — Engelmann, S. 180 Anm. 2 — Finger, S. 239 ff. — Gerland; RStrR. S. 105/106 — Hafter. Z. 30 S. 617; Hälschner, S. 264 — Häusler, Sächs.Arch.f.Rechtspflege 1916, S. 251 ff. — Heims, Z. 41, S. 102 ff., der S. 105 eine Erklärung dafür sucht. daß das Reichsgericht häufig zivilrechtliche oder außerstrafrechtliche Normen als strafrechtliche ansieht. Diese Erklärung findet er darin, daß er sagt: das Reichsgericht sieht diejenigen zivilrechtlichen oder sonstigen außerstrafrechtlichen Normen. die im Bewußtsein eines jeden zugleich als Beurteilungsmaßstab für die Rechtschaffenheit menschlichen Tuns leben sollen häufig als strafrechtliche an. — Hippel, V.D. III, S. 550; Z. 31, S. 562 ff.; Z. 47, S. 49; L.Z. 11, 1917, S. 697 ff.; 12, 1918, S. 1032 ff.; das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit S. 3 ff.; D.St.R.Z. 1917, S. 14 ff.; S. 16: Beim strafrechtl. wie beim außerstrafrechtl. Irrtum (man denke etwa an rechtsirrtümliche Annahme einerseits von Notwehr (Strafrechtsirrtum), andererseits von Selbsthilfe (Zivilrechtsirrtum) fehlt dem Täter ganz gleichermaßen jede rechtsfeindliche Gesinnung; beide Male kann dabei sein Irrtum, ganz gleichermaßen grobfahrlässig, beide Male aber auch völlig schuldlos sein. Den Täter hier wegen Vorsatzes verurteilen. weil sein Irrtum strafrechtl., ihn freisprechen, weil er außerstrafrechtl. war. das ist ein Verfahren, das jeder inneren Begründung entbehrt. das nur als ungerecht und willkürlich bezeichnet werden kann. S. 18: Und von derart unsicheren, überdies rein technischen Unterscheidungen die mit der Schuld des Angeklagten nichts — aber auch gar nichts! — zu tun haben, hängen heute dauernd Ehre, Freiheit und Vermögen, vielleicht das Leben der Bürger ab — Kitzinger, Z. 31, S. 219 — Kleinfeller, GA. 64, S. 230. Köhler, Annalen des deutschen Rechts 1910, S. 178; L.Z. 1920, S. 26 — Kohlrausch, S. 118 ff.; in Reform des RStrGB. S. 220 ff. in Reform des StrR. S. 23: . . . . der Satz von Irrelevanz des „außerstrafrechtl. Rechtsirrtums". an dem das RG. wie an einem Dogma festhält und mit dessen Scheinlogik es unzählige Entscheidungen subjektivsten Ermessens zudeckt. Schon die ungeheuere Zahl dieser Entscheidungen zeigt, daß die Tatgerichte mit jenem Satz offenbar nichts anzufangen wissen. — v. Liszt, § 40; Z. 30 S. 263 ff.; Leipziger Kom. S. 53 ff. S. 302. Merkel, J.W. 1920 S. 389; Oetker, Ger. S. 91, S. 314; Olshausen, Kom. § 59 Anm. 30; Rümelin, S 24..ff. v. Sikorski, S. 78; Singer, S. 123 ff.; Ulmer. S. 6 ff. Die reichsgericht-

Besonders bemerkenswert aber ist, daß der Standpunkt des Reichsgerichts auch von einer Anzahl seiner Mitglieder selbst durchaus nicht geteilt wird. So kennzeichnete Reichsgerichtsrat Galli (Ger. S. 68, S. 63) aus Anlaß des unerfreulichen Urteils vom 9. 1. 1905 (GA. 52, S. 42) die Lage für den Täter treffend dahin: Er muß die einschlagende Rechtsfrage so beurteilen, wie ihre Beantwortung, wenn der Fall zur strafrechtlichen Kognition gelangt, in letzter Instanz für richtig befunden wird. Trifft er diese Entscheidung nicht, obwohl ihm die Tatsachen bekannt sind, so wird er wegen vorsätzlicher Verletzung auch dann bestraft, wenn er nach sorgfältiger Erwägung der Tatsachen und des Gesetzes gestützt auf die ihm zur Seite stehenden Ansichten geschätzter Rechtslehrer, bewährter Anwälte, anderer Gerichte und vielleicht des Reichsgerichts selbst, falls dies in früheren Fällen anders erkannt hat, von der Rechtsmäßigkeit seines Verfahrens überzeugt gewesen ist.[61])

Anhang.

Das Bay. Oberste Landesgericht ging in seiner Rechtsprechung ganz die Bahnen des Reichsgerichts, erwarb sich aber durch das Erkenntnis vom 3. Dezember 1910 das Verdienst mit dem Satze: Error iuris nocet gebro-

---

liche Rechtsprechung billigen nur wenige; Bruck. S. 26 27; Dränkmann, GA. 8. meint, man habe bis jetzt nicht eine bessere und allgemein anerkannte Unterscheidung gefunden (?) Hamm. DJZ. 1911, S. 61: ohne Zweifel hat die Unterscheidung zwischen dem Irrtum über Zivilrecht und dem Irrtum über Strafrecht . . . . eine gewisse Berechtigung, da das Zivilrecht dem Volke weit weniger bekannt ist (?), als das Strafrecht. — Klee. S. 30 ff. — Lucas. D.J.Z. 1914, S. 249 ff.: Er bezeichnet S. 251 den Standpunkt des Reichsgerichts trotz aller wissenschaftlichen Anfechtungen als folgerichtig, rechtspolitisch notwendig und auch nicht unbillig, andererseits gibt er aber S. 253 zu, daß in Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob der Irrtum im Strafgesetz oder in einem anderen Rechtsgebiete wurzelt, ein strafrechtl. Irrtum angenommen worden ist, während ebenso gut das Gegenteil geschehen konnte. — Schäffer. S. 18 ff. — Schwartz, S. 195 ff. . . . .

[61]) Siehe weiter Ebermayers Kommentar 2. Aufl., S. 32 b, wo Lobe die Rechtsprechung des Reichsgerichts dahin kennzeichnete: Es herrscht „die größte Unsicherheit, sodaß hierüber eine gründliche Darstellung zu geben unmöglich ist." — S. 48 ff.; Conrad. D.J.Z. 17, S. 1489; Ebermayer, L.Z. 1918, S. 801 ff. — de lege ferenda Rosenberg, Z. 23, 1903, S. 217. Vgl. weiter Hippel, V.D. S. 559, 564 Anm. bezüglich Bülow, Olshausen, Zweigert, Petersen.

chen zu haben, wenn auch unter grundsätzlichen Festhalten „an der von der deutschen Rechtsprechung beobachteten Regel". Es sprach in einem Falle unverschuldeten Rechtsirrtums frei, weil man sonst „dem Zufalle Tür und Tor öffnen würde".[62])

3. Abschnitt.

Die Behandlung des Rechtsirrtums in der Theorie.

§ 9

Ueberblick.

Hinsichtlich der Behandlung des Rechtsirrtums sind zwei Extreme denkbar: Es kann dem Rechtsirrtum überhaupt jede Beachtung versagt sein — error iuris nocet — oder es kann auf der anderen Seite das Bewußtsein von Art und Maß der Strafe zum Vorsatz gefordert werden. Diese beiden Extreme werden in ihrer reinen Form in der Literatur nicht vertreten. Die Anhänger des Satzes error iuris nocet machen der Gegenpartei Konzessionen, indem sie dem nichtstrafrechtlichen Irrtum Bedeutung zuweisen. Das andere Extrem findet heute keine Anhänger mehr; am nächsten steht ihm die Lehre, welche das „Bewußtsein der Strafbarkeit" beim Täter erfordert. Daneben stehen eine Reihe Mittelmeinungen.

Eine Gruppierung der häufigsten Lehrmeinungen ergibt folgende Skala:

1. Der Rechtsirrtum wird nicht beachtet — mit Ausnahme des nichtstrafrechtlichen Irrtums. Das ist der Standpunkt des Reichsgerichts (§ 8); in der Theorie finden sich einige Anhänger. (Wenn auch mit Schattierungen).
2. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bezw. Pflichtwidrigkeit wird gefordert, in folgenden Sondergruppen:

---

[62]) Vgl. Bay. OLG. Bd. 10, S. 388—401; Ger. S. 78, S. 59; Z. 35, S. 841.

a) Bewußtsein der Rechtswidrigkeit

b) Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit

c) Möglichkeit solchen Bewußtseins.

Daneben gibt es noch eine Reihe von Abarten.

3. Es wird das Bewußtsein der Strafbarkeit verlangt.

§ 10.

Die Lehre: error iuris nocet.[63])

Zum verbrecherischen Willen ist nach dieser Lehre nur das Bewußtsein des strafbaren Erfolgs, des äußeren Geschehens, nicht aber das Bewußtsein des Verhältnisses dieses strafbaren Erfolges zur Rechtsordnung erforderlich. Danach sollte eigentlich nur der tatsächliche Irrtum den Vorsatz ausschließen; der Rechtsirrtum sollte einflußlos bleiben. Aber diese Folgerung zieht man nicht, berücksichtigt vielmehr auch den sogen. außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum. Schon dadurch beweist man die Unhaltbarkeit der Lehre.

Zu deren Begründung führt man

a) einen historischen Beweis, indem man sich auf die Entstehungsgeschichte des § 59 beruft. Danach handelt dieser nur vom Tatirrtum. Da die Entstehungsgeschichte in dieser Hinsicht ihren Niederschlag im Gesetze selbst gefunden hat, stimmen wir, wie wir im § 3 bereits ausführten, dieser Ansicht zu. Wenn man aber aus der Entstehungsgeschichte gleichzeitig die Irrelevanz des strafrechtlichen Rechtsirrtums — eine Frage, die das Gesetz, wie wir ge-

---

[63]) Diesen Standpunkt vertreten: v. Bar, Ges. und Schuld II, S. 390, 393, 398, 428, 431, Ger. S. 38 S. 252 ff. Bittinger; S. 29 ff; Geyer, I. S. 111; Heinemann S. 52, 3; Klee S. 31 ff. 49 ff.; Lilienthal S. 58; v. Liszt, § 41; Löffler S. 264; Lucas S. 26, 65, 78 ff.; Miricka S. 137; Oppenheim, zu § 59; Schäffer S. 22; Stienen, Aschaffenburg Bd. 17, S. 193 ff. (völlig irregehend die Angriffe gegen Binding, S. 202; vgl. auch Mittermaier Aschaffenburg, Bd. 17, S. 347 Anm. 1) — D.R.Z. 1926, S. 201 ff.; Schwartz, S. 189; Wachenfeld, GA. 69, S. 259 ff.: Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit muß grundsätzlich gleichgültig sein. Wie kann man z. B. dem politischen oder religiösen Fanatiker, der die Gewalt an Menschen und Sachen als sein gutes Recht ansieht, einen Freibrief geben wollen? — v. Wächter S. 146 ff.

sehen haben, offen läßt, folgern will, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Entstehungsgeschichte allein kein entscheidendes Kriterium für die Auslegung des Gesetzes sein kann; denn ihre Bedeutung mindert sich durch Zeitablauf. Das Leben geht weiter und erzeugt Anschauungen, denen gegenüber die Enstehungsgeschichte als veraltet erscheint. Vielmehr sind solchenfalls Zweifel der Gesetzesauslegung überall nach den Maßstäben des Gerechten und Zweckmäßigen zu entscheiden. Es ist aber allein gerecht und zweckmäßig, wenn man den Rechtsirrtum dem tatsächlichen Irrtum gleichstellt.

b) Einen systematischen Beweis, der sich wesentlich auf § 59 stützt. Hier scheiden sich die Vertreter dieser Lehre in zwei Lager. Die einen sagen — fälschlicherweise, § 59 beziehe sich auf den Irrtum über alle Tatbestandsmerkmale des einzelnen Delikts, gleichgültig, ob sie rechtlicher oder tatsächlicher Natur sind, nicht dagegen auf den Irrtum über die allgemeinen Begriffsmerkmale einer jeden Straftat. Die anderen sagen, § 59 beziehe sich nur auf den Tatirrtum, über den Rechtsirrtum schweige das Gesetz (was auch unsere Meinung ist). Dieses Schweigen erfährt dann zweierlei Deutung: einesteils als Nichtbeachtung des Rechtsirrtums, andernteils als Hinweis an Theorie und Praxis eine Entscheidung zu treffen.

Liszt ist der Hauptvertreter der ersten Gruppe. Nach seiner Ansicht ist der Irrtum in Bezug auf die allgemeinen Begriffsmerkmale einer jeden Straftat irrelevant. Insbesondere ist nicht erforderlich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. „Weiß der Täter, daß seine Tat alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erfüllt, so ist es gleichgültig, ob er auch weiß, daß er damit gegen eine Rechtsnorm verstoßen hat". (23. Aufl. S. 181). Andererseits meint aber Liszt, es sei zur Annahme vorsätzlicher Begehung Voraussetzung, daß der Täter alles Tatsächliche und Rechtliche richtig unter das Gesetz subsumiere. Kenne der Täter das Gesetz nicht, so solle ihm das also nichts nützen, kenne er es, subsumiere aber das Geschehen irrigerweise nicht darunter, so solle ihn dies entschuldigen. „Der Täter muß wissen, daß die von ihm entwendete Sache eine fremde ist, daß das gefälschte Schriftstück eine Urkunde, die von ihm geförderte Handlung Unzucht ist."

Die Subsumtionstätigkeit, die Liszt vom Täter verlangt, ist aber doch nur bei Gesetzeskenntnis möglich und so müßte die Liszt'sche Ansicht folgerichtig zur Anerkennung des Rechtsirrtums wie der Gesetzesunkenntnis als Strafausschließungsgrund führen. Es muß doch, wenn keine Fahrlässigkeit im Spiele ist, gleichgültig sein, ob ein Befehl falsch verstanden oder gar nicht gehört worden ist.[64]) (Vgl. Köhler, R.J.S. 116; Allfeld, R.J. S. 36), Liszt's Verlangen ist aber auch bei unserem heutigen Rechtszustande ein Ding der Unmöglichkeit. Es würde dazu führen, daß nur der juristischgebildete Täter bestraft werden könne. (s. Frank S. 182; Beling L.v.V, S, 188), Im Ergebnis kommt Liszt wohl sogar zu der Forderung, daß der Täter das konkrete Strafgesetz gekannt haben müsse.[65])

v. Bar, der auch dieser Gruppe beizuzählen ist, will in Ges. und Schuld Bd. 2, S. 395 für die Relevanz des Rechtsirrtums maßgebend sein lassen, ob die Rechtsunkenntnis „Zeichen eines mit sittlichem Mangel behafteten Charakters" ist. Danach gelangt v. Bar schon an Hand einiger weniger Beispiele ohne näheren Beweis zu folgendem Resultat S. 398: Der Irrtum über die Existenz oder Nichtexistenz eines konkreten Rechts (z. B. wenn jemand sich irrigerweise für den Eigentümer einer Sache hält, oder glaubt, daß sein Jagdgebiet sich auf ein bestimmtes Grundstück erstrecke etc.) schließt die Strafbarkeit aus, nicht aber der Irrtum über die allgemein jedem Menschen zustehenden Befugnisse und Pflichten und ebensowenig die irrige Annahme von Befugnissen, die aus einem wirklichen oder vermeintlichen Rechte abgeleitet werden. (Annahme als Dienstherr ein Züchtigungsrecht ausüben zu dürfen). - - Wo liegt aber die Grenze zwischen konkreten und allgemeinen Rechten? weiterhin: Kann die Unkenntnis eines konkreten Rechts nicht auch „der antisozialen Eigenschaft des Charakters" entspringen und muß umgekehrt die Unkenntnis eines allgemeinen Rechts immer auf sittlichem Mangel des Täters beruhen? Mit Bar's Unterscheidungen wird nichts gewonnen, sie sind nicht klar.[66])

Die zweite Gruppe behauptet: das Schweigen des Ge-

---

[64]) Liszt zieht aber diese Folgerung nicht.

[65]) Kohlrausch. Irrtum und Schuldbegriff S. 112; vgl. auch Birkmeyer. Studien S. 100 ff.

[66]) Vgl. Kriegsmann im Z. 29 S. 520 ff.; Hipppel, V.D.S. 557/8, 563.

setzes bedeutet die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums; denn die strafausschließenden Umstände seien im Reichsstrafgesetzbuch erschöpfend geregelt.[67]) Daß dies nicht zutrifft, haben wir bereits früher erwähnt (vgl. Frank, StrGB. Vorbemerkung zum 4. Abschnitt III.; Olshausen, Vorbem. zum 4. Abschnitt Anm. 8). Ist doch sogar schon bestritten, ob der 4. Abschnitt des I. Teiles des RStrGB., der die Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern, enthält, diese Materie in dem Sinne erschöpfend behandelt, daß das Landesrecht nicht auch eingreifen könne (vgl. Olshausen, Kom. zu § 2 EG. z. StrGB. Anm. 4 ff.).

Die letzte Variierung der zweiten Gruppe überläßt die Entscheidung der Wissenschaft oder Praxis. Die Entscheidung soll im Sinne des Satzes error iuris nocet zu treffen sein, weil es die Sicherheit des Staates verlange. Man liefert also einen Zweckmäßigkeitsbeweis aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten heraus.[68])

Heinemann, einer der Vertreter dieser Ansicht, spricht dies in seiner „Binding'schen Schuldlehre"[69]) folgendermaßen aus: „Vergegenwärtigen wir uns, wie sich die praktische Behandlung des Einwandes der Rechtsunkenntnis im Prozeß stellen würde. Die Anklagebehörde müßte, sofern man einmal das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für ein Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens erklärt, dem Angeklagten, welcher das in Rede stehende Gesetz gekannt zu haben bestreitet, jedesmal den Beweis der Rechtskenntnis erbringen, da im Strafprozeß jede Präsumtion unzulässig ist. Wieviel Schuldige aber damit sich dem strafenden Arm der Gerechtigkeit mit Erfolg entziehen würden, leuchtet von selbst ein. Aehnlich, vielleicht noch stärker, hebt Lucas, ein weiterer Verfechter dieses Gedankens, in seiner „subjektiven Verschuldung" S. 80 diesen Utilitätsstandpunkt hervor: Der Staat, der das Schwert der Gerechtigkeit vor den Verirrungen des Rechtsgefühls in die Scheide stecken wollte, würde selbst auf seine Existenzberechtigung verzichtet haben. In dieser Lage würde sich der Staat befinden, der das Bewußt-

---

[67]) Kitzinger, Ger. S. 55 S. 86 Anm. 1.

[68]) Diese Ansicht vertreten neben den im Text genannten u. a. Goltdammer S. 434 — Häberlein, Ger. S. 1865; Beialgeheft S. 5 ff.; Schütze, Lehrbuch S. 128; Bittinger, S. 5; Kronecker, Ger. S. 38 S. 427. Miricka. S. 127; v. Bar, Ges. und Schuld II, S. 391 ff.; Ger. S. 38, S. 261 ff.; Schäffer, S. 28.

[69]) S. 62 ff.

sein der Rechtswidrigkeit als allgemeine Voraussetzung der Strafbarkeit seiner Bürger aufgestellt hätte, denn er würde damit den Leichtsinnigen, Schwärmern, Fanatikern und unklaren Köpfen einen Freibrief ausgestellt haben, durch Uebertretung gewisser seiner Gesetze an seinen Grundfesten zu rütteln. Kein moderner Staat kann ein Gesetz geben wollen, welches einen solchen Zustand sanktioniert.[70])

Also, die Sorge, die Schwierigkeit des Beweises der Rechtsunkenntnis könnte ein Asyl des Verbrechers werden, ist es, die die Anhänger dieser Richtung, die Relevanz des strafrechtlichen Rechtsirrtums kurzerhand verneinen läßt. „Damit nicht der Schuldige der strafenden Hand des Staates entgehe, soll sie den Unschuldigen mitfassen, weil eine reinliche Scheidung des bewußten Rechtsbrechers von dem unbewußten schwierig ist, soll die Scheidung gar nicht versucht werden. Dies ist genau ebenso gerecht, (s. Allfeld, Rechtsirrtum S. 23), wie wenn man zwei Personen, von denen sicher eine, aber nur eine die Tat begangen hat, verurteilen würde, weil man nicht bestimmt weiß, welche von ihnen unschuldig ist und den Schuldigen nicht durchschlüpfen lassen will." Diese Unterordnung des Einzelnen unter die Gesamtheit entspricht wahrlich nicht unserem Gerechtigkeitsgefühle, was Utilitätsrücksichten zu verlangen scheinen, entspricht nicht der Gerechtigkeit. Wenn aber schon einmal der Erfolg, der dem Rechte zuwiderläuft, ohne Rücksicht auf

---

[70]) Vgl. auch Lucas, Z. 31, S. 561: „Radikalen Aeußerungen aber, wie Ausschließung der Strafbarkeit durch jeden Rechtsirrtum oder durch eine unrichtige Auffassung des Täters über seine Pflichten usw. dürfte ein wichtiges Interesse von Staat und Bevölkerung entgegenstehen. Denn auch die Bevölkerung ist gefährdet, wenn jeder ihre Rechtsgüter straflos angreifen kann, der sich auf irrige Auffassung von seinen Rechten und Pflichten beruft, und dem man nicht zur Ueberzeugung nachweisen kann, daß dies nur ein Vorwand ist. Dies umsomehr, als unklare Vorstellungen über die Grenzen der eigenen Rechte in der heutigen, zum Individualismus neigenden Zeit vielleicht mehr denn je im Schwunge sind." Vgl. Schwartz, S. 190; Würde man zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangen, so wäre das Endergebnis eine Lahmlegung der Strafjustiz — Berner, Wirkungskreis S. 47, der die Berücksichtigung des Rechtsirrtums auch verwirft, „weil das Interesse der öffentlichen Ordnung dergestalt vorwiegend ist, daß ein subjektiver Rechtsirrtum dagegen bedeutungslos erscheint. Drenkmann, GA. Bd. 8, S. 364 ff.: Das Interesse der öffentlichen Ordnung erfordert dringend Nichtberücksichtigung der Rechtsunkenntnis — Klee,

die subjektive Seite der Tat unter Strafe stehen soll[71]), warum — so dürfen wir wohl mit Recht fragen — bestraft man denn dann nicht auch Wahnsinnige, warum nicht Kinder, weshalb verlangt man dann überhaupt die Zurechnungsfähigkeit? Gerade aber die modernen Kriminalisten, zumeist begeisterte Verfechter des Satzes error iuris nocet, wollen der Entwicklung, der Eigenart, der Gesinnung des Verbrechers („nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen")[72]) nachspüren, um daraus für sein verbrecherisches Handeln eine Erklärung zu finden. Und dennoch soll der Einzelne im Widerspruch mit allem Gerechtigkeitsgefühl gestraft werden, weil es angeblich das allgemeine Interesse, die Gesamtheit verlangt? Kann man überhaupt von einem Schutze der Gesamtheit sprechen, wenn kein Glied derselben mehr sicher ist, diese Ungerechtigkeit des Satzes error iuris nocet am eigenen Leibe verspüren zu müssen?

Mit Recht fragt Allfeld (R.J.S. 24): „Haben wir im Strafprozeß nicht manches andere schwierige Beweisproblem zu lösen?[73]) — Vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Erfolges — Zurechnungsfähigkeit! Darf aber wegen der Schwierigkeit des Beweises der Zurechnungsfähigkeit der Einwand der Zurechnungsunfähigkeit unbeachtet bleiben, weil leicht ein Zurechnungsfähiger unter dem Deckmantel der Zurechnungsunfähigkeit dem Arme der Gerechtigkeit entschlüpfen könnte?"[74]))

S. 40: Der Satzerror (ignorantia) iuris nocet, der in radikaler Kürze ein hartes Prinzip aussprechend, ein Grundpfeiler der staatlichen Sicherheit ist — Welde, L.Z. 1921, S. 605/606.

[71]) Vgl. Klee, S. 78: Schuldhaft ist jedwede Handlung, sofern sie nur Handlung ist, wenn sie mit dem geltenden Strafrecht kollidiert.

[72]) Gegen dieses Schlagwort Kohlrausch S. 31/32.

[73]) Siehe auch Baumgarten, S. 182.

[74]) Aehnlich Beling, Unschuld, S. 26: Wir haben heute die freie, d. h. auf Erfahrung ausgebaute Beweiswürdigung. Mit ihr wird es dem Richter ein Leichtes sein, den Angeklagten mit seiner etwaigen frivolen Vorschützung der Loyalität seines Handelns in den Sand zu strecken. Wäre das nicht möglich, dann könnte die Justiz überhaupt mit allen Rechtssätzen einpacken, die den Beweis der seelischen Verfassung eines Menschen verlangen. Denn der Gefahr, dupiert zu werden, ist der Richter ja überall da ausgesetzt, wo es sich um Gewußthaben, um Absichten und dergleichen handelt. Und käme es wirklich hin und wieder vor, daß ein Angeklagter, der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hatte oder haben konnte, freigesprochen werden müßte, so würden diese Fälle nicht anders liegen,

Ueberdies ist die Gefahr nicht so groß, wie sie geschildert wird. Vor allem spricht für die Rechtskenntnis eine natürliche Vermutung dahingehend, daß der Beweis dieser Kenntnis nur dann geführt werden muß, wenn im Einzelfalle Zweifel darüber bestehen. Bei den meisten und vor allem wichtigsten Normen kommt eine erfolgreiche Berufung auf Rechtsirrtum auch gar nicht in Frage, da schon das Sittengesetz die Handlung verbietet. Es ist weiterhin die Kenntnis wenigstens der bedeutenderen Gesetze in dem Maße Gemeingut, daß sich das einzelne Glied der Rechtsgemeinschaft dieser Kenntnis gar nicht entziehen kann. Der Mensch atmet die Kenntnis der wichtigsten Rechtspflichten geradezu mit der Luft, in der er aufwächst, ein. Es fehlt ja auch nicht an ausreichendem Ersatz für die berufsmäßige Rechtskenntnis: Moral und Religion helfen mit die Intentionen des Rechts zu unterstützen; ferner tragen der tägliche Verkehr, das Gemeinschaftsleben, Schriften, Versammlungen, die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, Schule und Erziehung zur Erlangung der Normenkenntnis beim Volke bei. Man sieht hieraus schon, daß der Einwand der Rechtsunkenntnis, wenn er in solchen Fällen erhoben wird, als unglaubwürdig, als offenbare Lüge zurückgewiesen werden könnte. Aber auch bei den Delikten, wo eine sittlich indifferente Handlung unter Strafe gestellt ist, vermag die Geltendmachung des Rechtsirrtums allein den Angeklagten nicht schon straffrei zu machen, sondern erst die aus den Ergebnissen der Verhandlung geschöpfte und wohlbegründete Ueberzeugung des Richters, daß ein die Strafwürdigkeit ausschließender, entschuldbarer Rechtsirrtum vorgelegen habe. Und wären wirklich die Grundpfeiler der staatlichen Sicherheit ins Wanken gebracht, wenn einmal bei einem geringfügigen Delikt der Täter durch sein lügenhaftes Vorschützen der Rechtsunkenntnis mit heiler Haut davonkäme? Schließlich aber ist doch auch noch Bestrafung wegen dolus eventualis und wegen fahrlässiger Uebertretung des Gesetzes möglich.

---

als die unzähligen anderen, in denen jemandem die Tat oder der Vorsatz usw. nicht nachgewiesen werden können und er freigesprochen werden muß. Es bleibt eben Grundgedanke aller geläuterten Rechtsauffassungen, daß die Verurteilung eines Unschuldigen unbedingt vermieden werden muß, und es besser ist, einen Schuldigen laufen zu lassen.

§ 11

Das Bewußtsein der Strafbarkeit.

Die Lehre, welche zum Vorsatz das Bewußtsein der Strafbarkeit verlangt, findet heute keine Anhänger mehr. In der Geschichte des Strafrechts spielte dieses Erfordernis eine große Rolle: die psychologische Zwangstheorie gelangte zu seiner Aufstellung. Auch später fehlte es nicht an Schriftstellern, welche dieses Bewußtsein zum Vorsatz verlangten.[75]) Diese (besonders Ortmann) wollten den Beweis für die Richtigkeit ihrer Ansicht teilweise aus dem positiven Recht erbringen, aus § 2 und §§ 56 und 58 RStGB. Ihre Beweisführung hat sich aber als hinfällig erwiesen; es sei hier besonders auf Binding, Normen Bd. II, S. 909 ff.; Kahn, S. 58 ff.; Klee, S. 59 ff.; hingewiesen.

Einzelne dieser Schriftsteller behaupten, es spreche eine Präsumtion für das Vorhandensein des Bewußtseins der Strafbarkeit; wenn aber das StrGB. zum Vorsatz das Bewußtsein der Strafbarkeit nicht verlangt, dann bedarf es auch keiner Präsumtion des Vorhandenseins solchen Bewußtseins. Zudem sind Präsumtionen im Strafprozeß unzulässig.

Ein Irrtum über die Strafbarkeit kann also nicht entschuldigen. Ob und in welchem Umfange diese mit Strafe zu bedrohen ist, ist Sache des Gesetzgebers. Der Wucherer, der zwar weiß, daß seine Tat zivilrechtlich verboten ist, der sie aber nicht für strafbar hält, ist dennoch zu bestrafen. Allerdings gibt es hier auch Fälle, wo die Billigkeit vielleicht doch eine geringere Sühne verlangt. Köhler (R.J. S. 119) zeigt dies an folgenden Beispielen:

> Jemand bricht sich auf einer Reise in einer öffentlichen Anlage eine Blume als Andenken ab. Er weiß wohl, daß er dies nicht tun darf, denkt aber höchstens eine Polizeiübertretung zu begehen und doch hat er sich eines Diebstahls schuldig gemacht, wenn es am Tatort zufällig keine Bestimmung gibt, die hier die Tat zum Felddiebstahl spezialisiert.

---

[75]) Schütze, S. 116/17: Dolus .... ist im Sinne des StrR. die Willensbestimmung zu einem bewußten Handeln mit dem Bewußtsein von dessen Strafrechtswidrigkeit. — Vgl. Buri, Ger. S. 28, S. 168 — Ortmann, Ger. S. 29, S. 244 ff. weiterhin 30, S. 36. — Sterneck, S. 100.

Einige 19jährige junge Burschen nehmen ihrem Vater ohne Erlaubnis Sprengstoff weg und bringen ihn auf der Straße zur Entladung. Sie wußten, daß sie den Sprengstoff nicht entwenden durften und daß sie groben Unfug verübten, also Unerlaubtes taten, niemals aber würden sie die Handlung begangen haben, wenn sie gewußt hätten, daß sie ein Verbrechen begingen.

Also da, wo der Täter nur eine ganz geringfügige Uebertretung der Rechtsordnung zu begehen glaubte, während seine Tat in Wirklichkeit ein ungeahnt schweres Verbrechen ist, entspricht seine Schuld wohl nicht der Höhe der ordentlichen Strafe.

§ 12

Die Mittelmeinungen.

Die beiden gezeigten Extreme waren natürlich unhaltbar. So ergaben sich zahlreiche Versuche, welche die Schwächen dieser beiden Extreme zu vermeiden suchten. Die Haupttypen seien hier hervorgehoben:

1. Die Rechts- oder Normwidrigkeit wurde bereits früher als ein für die Feststellung der Schuld unentbehrlicher und allein maßgebender Bestandteil des Bewußtseinsinhalt bezeichnet.[76]) Wir verweisen daher auf unsere diesbezüglichen Ausführungen in §§ 4, 5 und 6.

---

[76]) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern aus verschiedenster Begründung heraus. Allfeld, Lehrbuch s. 163/64, 166; R.J. S. 32 ff.; Kom. S. 329/30 — Baumgarten. V. L. S. 179 — Beling, L. v. V. S. 31, 178; Grundzüge S. 43/44; Unschuld S. 20, 41 ff. — Binding, an vielen Orten seiner Normen, bes. II. und III.; außerdem Ger.S. 87, 1920, S. 113 ff.; Grundriß S. 116 ff.; Birkmeyer, StrR. § 16/17 — Engelmann. Rechtsbeachtungspflicht (Festgabe für Träger) 1926 — Galli. Ger. S. 67, S. 372; 68. S. 61; Gerland. Str.R. S. 100/101; Grundfragen des Str.R.; Lobe. D.R.Z. 5, S. 778; 804. Ger. S. 81. S. 427; L.Z. 1916. S. 641, 718; Leipzig. Kom. S. 48; Löning. Grundriß, 1885. S. 37; Mittermaier. S. 12, 41 ff. — Aschaffenburg. 17. 1926. S. 347; Oetker. Einfluß des Rechtsirrtums 1876; Neudruck. Ger. S. 93. 9126. S. 1 ff); Olshausen Kom. § 59 Anm. 30; Petersen, S. 165. 195; Rosenberg, Z. 23, S. 217 ff.; Sauer. Grundlagen 1921, S. 600.

2. Eine große Anzahl Autoren verlangt das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz.[77])

Es handelt sich hier im wesentlichen um Pflichten der Ethik. Man faßt das Recht als ethisches Minium (seinem Inhalt nach) und sagt dann das Bewußtsein, etwas ethisch Unerlaubtes zu tun, umfasse somit das Bewußtsein, etwas Rechtswidriges zu tun. Kann man aber das Recht als ethisches Minium betrachten? Nein! Das Recht umfaßt zwar viele der Ethik angehörende Gebiete (und insoweit bildet das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit sehr häufig ein wertvolles Indiz für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit), aber genug auch solche, die ethisch völlig indifferent sind. (Ein großer Teil der Uebertretungen, Prozeßrecht, wirtschaftliche Fragen, u.a.). Andererseits besteht eine Reihe ethischer Anschauungen, die weit über die Anschauungen des Rechts hinausgehen.[78]) So ergibt sich: was pflichtwidrig ist, braucht noch lange

---

[77]) Das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit verlangen (in den verschiedensten Schattierungen, die hier mitgenannt, später aber zum Teil wieder ausgeschieden sind): Bünger, Z. Bd. 6, S. 340 — Dohna, Ger. S. 65, 1905, S. 203; D.J.Z. 30, 1925, S. 147 — v. Calker, Grundriß S. 44; (Bewußtsein der sozial-ethischen und moralischen Pflichtwidrigkeit) — Finger, Bd. 1, S. 261; Hälschner, Str.R. 1, S. 250 ff. — früher Hippel, in V.D. III, 1908, S. 950 ff.; jetzt verlangt wohl Hippel Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit s. Ziff. 3; — Kohlrausch, Irrtum 1903, § 5; dazu später in Reform I 1910, S. 214 ff. (Bewußtsein der Strafwürdigkeit, d. h. Kenntnis des Verbotenseins oder der Schädlichkeit) Reform d. Str. R. 1926, S. 25: Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit — v. Liszt — Schmidt: Kenntnis der antisozialen Bedeutung, des Unsittlichen, Sündhaften, Verbotenen, Ungesetzlichen — Liepmann, Einleitung 1900, S. 133 ff.; P. Merkel, Grundriß, S. 114 (Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit neben dem Vorsatz zur Schuld gehörig) — Rosenfeld, Z. 32, 1911, S. 488; vgl. auch Gleispach, Aschaffenburg, 16, 1925, S. 229 (Bewußtsein der Gemeinschädlichkeit).

[78]) Es zeigt sich auch die Verschiedenheit und Selbständigkeit von Recht und Ethik (s. dazu Burckhardt, Schw. Ztg. 36, S. 1 ff.; Weigelin, Ger. S. 92, S. 188 ff.) in der beiderseitig verschiedenen Zielsetzung: Endzweck des Rechts: Die Regelung des äußeren Verhaltens des Einzelnen, Endzweck der Ethik: Die Erreichung einer bestimmten Gesinnung. So kann im einzelnen Fall recht handeln — wie die Klage des reichen Fabrikanten gegen seine Arbeiter auf Ersatz eines geringwertigen Arbeitsgegenstandes — ethischen Grundsätzen, ethischer Gesinnung nicht entsprechen und im anderen Fall handeln wider das Recht ethischer Gesinnung entspringen — so die Tat des Patrioten, der den Spion niederschießt. (Wir denken hier nicht an den Spezialfall von RGE. 63, S. 220). Vgl. Beling, L. v. V. S. 184/194; Oetker, Jur. Literaturblatt 17, S. 100.

nicht rechtswidrig zu sein und was rechtswidrig ist, braucht nicht notwendig pflichtwidrig zu sein. Eine Rechtsordnung kann nicht grundsätzlich alles Unethische strafen; das würde ihre Aufgabe übersteigen, wäre auch praktisch undurchführbar. Man könnte weiterhin sagen, jeder Mensch, der das Bewußtsein hat, etwas Rechtswidriges zu tun, weiß auch, daß er mit diesem Tun zugleich etwas Unethisches begeht. Auch dies ist nicht richtig. Wir brauchen nur an die Delikte zu erinnern, wo sittlich indifferente Handlungen unter Strafe stehen, z. B. das Verbot der Veranstaltung einer Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubnis. Auch wird es sicherlich sehr wenig Menschen geben, die davon, daß sie das Straßenkehren unterließen, obwohl sie wußten, daß die Rechtsordnung dies verlangte, ethisch betroffen sind. Wir geben allerdings zu, daß bei schweren Delikten sich Recht und Ethik begegnen. Mord, Diebstahl, Notzucht u.a. sind sowohl vom Recht mißbilligte wie auch sittlich verwerfliche Handlungen. Andererseits — wie unbestimmt ist doch der Begriff der Pflicht![79]) Ein jeder wird seinen eigenen Pflichten-Codex für sich beanspruchen. So wird der Ketzer seine Handlungen für ethisch erlaubt halten, während andere sie als verboten betrachten. Hier liegt aber der Keim kriminalpolitischer Bedenken! Denn drei verschiedene Beurteiler können je nach der persönlichen Einstellung vom Standpunkt der Ethik aus ein und dieselbe Handlung als verwerflich oder einwandfrei oder sogar als pflichtgemäß erachten. Sollte sich der Täter damit entschuldigen können, daß er sich der Pflichtwidrigkeit seiner Handlung nicht bewußt gewesen sei, so müßte man den Anarchisten, der den Mord politischer Gegner als sittliche Tat betrachtet, freisprechen, selbst wenn er die Rechtswidrigkeit seines Handelns kannte, so könnte man den, der um seiner Unterhaltspflicht zu genügen im vollen Bewußtsein der Rechtsfeindlichkeit seines Tuns stiehlt, raubt usw., nicht verurteilen, weil er jede darauf abzielende Handlung als seine persönliche Pflicht betrachtet.

3. Eine dritte Gruppe von Autoren fordert zum Vorsatz die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bezw. Pflichtwidrigkeit.[80])

---

[79]) Vgl. v. Bar, Ges. und Schuld II, S. 388; Kohlrausch Schw.Ztg. 34, S. 173. — Sikorski, S. 52; Sauer, S. 570 ff.

[80]) Möglichkeit der Kenntnis der Rechtswidrigkeit erklärte für maßgebend H. Seuffert: StG. I. 1894, S. 87, ferner ein neues StGB., 1902. S. 37—39; neuerdings wohl auch v. Hippel, Str.R. II,

Danach braucht der Täter irgendeine Bewertung seiner Tat nicht vorzunehmen, aber er handelt, wenn er das äußere Geschehen kennt, nur dann vorsätzlich, wenn er in fahrlässiger Weise über das Verbotensein irrt. Der Unterschied zwischen den beiden vorher erwähnten Theorien und dieser besteht darin, daß in den Fällen, in denen dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bezw. Pflichtwidrigkeit infolge Fahrlässigkeit fehlt, nach den beiden erstgenannten fahrlässige, nach der jetzt zu besprechenden vorsätzliche Begehung anzunehmen wäre. Somit würde nach dieser Lehre fahrlässig rechtswidriges bezw. pflichtwidriges Handeln niemals als Fahrlässigkeit zu bestrafen sein. Aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten, weil die Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise strafbar ist, stellt man fahrlässig rechtswidriges, bezw. pflichtwidriges Handeln mit unter den Vorsatzbegriff. Man sucht diese aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzte Haftung auf das geltende Recht zu stützen, indem man sie für § 259 RStrGB. behauptet (?) und auf dem Gebiete der Uebertretungen annehmen will. Mit Recht hat insbesondere Köhler Rechtsirrtum S. 71, 115 (vgl. auch Kohlrausch, Irrtum S. 19) den Anhängern dieser Lehre vorgeworfen, daß sie in unzulässiger Weise Vorsatz und Fahrlässigkeit vermischen;[81]) denn wenn man zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bezw. Pflichtwidrigkeit verlangt, dann muß man folgerichtig zur Fahrlässigkeit die Möglichkeit solchen Bewußtseins fordern. Eine solche aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzte Schuldform ist dogmatisch verfehlt und widerspruchsvoll. Aber noch aus einem anderen Grunde heraus ist diese Lehre unhaltbar, nämlich insoweit sie den einheitlichen Begriff

---

1930, S. 342 f., 360. Möglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit verlangen: A. Merkel, Lehrbuch 1889, S. 67—69; M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen 1903, S. 74 ff.; Militärstrafr. I, 1907. S. 84 ff.; Lehrb. S. 258, 262 (früher — schuldhafte Handlung 1901, S. 114 — forderte Mayer, Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, gab dies aber im Interesse der Rechtssicherheit auf). Jetzt faßter Pflichtwidrigkeit im Sinne von Kulturwidrigkeit — Srank, § 59, III, 2 (kennenmüssen der Rechtswidrigkeit, Pflichtwidrigkeit, Sozialschädlichkeit) — neuerdings Kohlrausch, Reform, 1926, S. 25; Schlegel, Ger. S. 91; 1925,, S. 245 (Buwußtsein der Unsittlichkeit, Pflichtwidrigkeit, dem das unentschuldbare Fehlen desselben gleichsteht). Vergl. auch Engisch S. 242 ff.

[81]) Es ist doch nicht möglich, dieselbe Handlung halb vorsätzlich, halb fahrlässig zu begehen. — Vergl. auch Binding, Ger. S. Bd. 86 und neuerdings Brose Ger. S. 99 S. 177 ff. —

der Fahrlässigkeit durch eine Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfahrlässigkeit auseinanderreißt. Schon aus rein logischen Gründen verbietet es sich für denjenigen, der Tat und Rechtsirrtum gleichsetzt, eine entsprechende Unterscheidung innerhalb der Fahrlässigkeit vorzunehmen. Aber auch praktische Erwägungen sprechen dagegen: Es würde bei einer solchen Unterscheidung innerhalb der Fahrlässigkeit die Möglichkeit bestehen, daß das Reichsgericht seine Lehre vom Strafrechtsirrtum und ausserstrafrechtlichen Irrtum — wenn auch verdeckt — dennoch aufrecht erhielte, indem es in allen Fällen des Strafrechtsirrtums grundsätzlich Rechtsfahrlässigkeit annähme. Damit würden die alten Streitfragen nur erneut „unter anderer Flagge" auftauchen und nichts wäre dabei gewonnen.

4. Bekker verlangt in seiner „Theorie" S. 566 (aus allgemeinen Erwägungen heraus), daß der Dolose die Folgen seiner Handlung als den Staatszwecken zuwiderlaufend, erkannt hat. Aber der Begriff „Staatswidrigkeit" (wie der von Hegler in Z. 36, S. 198 gebrauchte Ausdruck: Gesellschaftsschädlichkeit) ist kein Rechtsbegriff, sondern ein Begriff höchstschwankender Natur, jeweils abhängig von der Staatseinstellung, denn mehr oder minder ausgebildeten Staatsbürgersinn des Einzelnen. Es fehlt auch sowohl diesem wie dem oben zitierten Begriff der Gesellschaftsschädlichkeit der einigermaßen von allen anerkannte Inhalt.

5. Aehnlich ist es mit der Theorie, die das Bewußtsein der „Strafwürdigkeit" verlangt.[82]) Auch dieser Begriff leitet hinüber auf ein Gebiet, wo die subjektive Auffassung herrscht und jede Sicherheit der Beurteilung, jede Objektivierung aufhört. Der Staat würde die Anwendung der Strafgesetze, von der persönlichen Ueberzeugung des Einzelnen (der den Zweikampf, die Abtreibung, usw. nicht für strafwürdig anerkennt), abhängig machen. Seine Anschauung, ob die Handlung strafwürdig ist oder nicht, würde dann für den Richter bindend sein. Uebrigens kann man nur dann die Strafwürdigkeit einer Tat erkennen, wenn man weiß, welche Taten der Gesetzgeber im allgemeinen mit Strafe belegt.[83])

---

[82]) Geßler, Ger. S. 1858, S. 316 ff.; Ortloff, Strafbarkeitserkenntnis S. 41; gegen Geßler, Heinze, Ger. S. 1861, S. 418. Gegen das Bewußtsein der Strafwürdigkeit zutreffend Gerland, Kr..V.J.Sch. 3. Folge, 10. S. 436, 449 ff.; ebenso Hammerer S. 27.

[83]) Dazu s. bes. Heinze, Ger. S. 1861, S. 406.

6. Recht unbefriedigend ist auch, die Kenntnis der Schädlichkeit der Tat[84]) zu verlangen oder mit Hölder, Ger. S. 77, S. 294 das vorsätzliche Vergehen als „eine Betätigung des individuellen Lebens, die fremdes Leben bewußt hemmt", zu betrachten. Die Folge wäre hier die, daß man zur Vorsicht jede die Interessen des andern tangierende Handlung unterlassen und beispielsweise schon den vor das Forum ziehen müßte, der durch Bau einer modernen Fabrikanlage seine Konkurrenten vernichtet und viele Arbeiter brotlos macht. Denn dies ist doch auch schädigend und fremdes Leben hemmend.

7. Einige fassen unter „pflichtwidrig" sowohl das „ge-

---

[84]) Kohlrausch, Z. 23, S. 57; 60, 62; ferner in Reform des RStr.-GB., S. 217; entscheidend ist die Kenntnis derjenigen Eigenschaften der Tat, welche sie als für andere schädlich qualifizieren. Neuerdings begnügt sich Kohlrausch auch mit der Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit (siehe früher) — Kadecka, L.Z. 1922, S. 5; vgl. auch Köhler (Strafrecht S. 309), der de lege ferenda Kenntnis der Schädigung fremder Interessen fordert. In Ger. S. 96 Seite 94 ff. will Köhler für manche Fälle das Vorliegen „vor der Tatbestandsverwirklichung warnender Gefühle und Motive" für den Vorsatz genügen lassen; wir erblicken darin keinen generellen, sondern einen graduellen Unterschied von unserem Standpunkt: In aller Regel nämlich wird das „warnende Moment" auf das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zurückzuführen sein (wenn es nicht gar dieses Bewußtsein selbst ist), nicht aber auf das Bewußtsein der Schädlichkeit, das schon deswegen kein Kriterium sein kann, da es in unzulässiger Weise (siehe auch den Text) die gesetzlich anerkannte Handlungs- und Vertragsfreiheit einschränken würde. Wer z. B. ein 19jähriges Mädchen verführt, ist sich sicherlich bewußt, daß er damit die Ehre, also auch „ein Interesse" des Mädchens schädigt — und doch begeht er nichts Strafbares; das „warnende Motiv" in diesem Sinne wäre hier überflüssig, es muß sich eben auf das Erkennen der Rechtsfeindlichkeit selbst stützen, wenn es für den Schuldvorwurf, für das Recht überhaupt relevant sein soll. Dann ist aber nicht erfindlich, warum an Stelle des klaren und eindeutigen Begriffes „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" ein verschleierter, nämlich der des warnenden Motivs, treten soll. Gerade im Strafrecht ist Klarheit notwendig und kein Raum für Kautschukbegriffe. Ferner, sofern wir recht verstehen, grenzt die generelle Annahme abhaltender Motive bei „einer Menge von Sachverhalten" recht nahe an Präsumtionen, die aber den Grundsätzen unserer St.P.O. widersprechen würden. Und schließlich: wo liegt die klare Abgrenzung zwischen den Delikten, wo die abhaltenden Motive genügen und denen, wo doch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sein soll? — Gleispach, in Aschaffenburg, Bd. 16 S. 229, Bewußtsein der Gemeinschädlichkeit. — vgl. auch Engisch S. 234 ff.

setzlich verbotene wie das unsittliche Handeln".[85]) Man schafft neue Normen, solche der Sitte, der Sittlichkeit, stempelt alle sittlichen Mächte zu Normen. Und so kommt man dazu zu sagen: Zur Bestrafung des Täters genügt, „daß er die Empfindung oder auch nur den Zweifel hatte, sein Verhalten verstoße gegen eine verbindende Norm, mag diese Norm dem Rechte, der Moral oder sonst einem Normenkomplex angehören" (Hold. v. Ferneck, Schuld, S. 52; S. 95 Anm. 1).

Die unter Ziff. 4—7 genannten Theorien lassen sich praktisch auf einen der Eingangs dieses Paragraphen dargelegten drei Haupttypen der Mittelmeinungen zurückführen. So ist beispielsweise Bekkers Theorie des Staatswidrigkeitsbewußtseins nur eine besondere Färbung der Theorie des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Verlangt Hegler (Z. 36, S. 198) das Bewußtsein der Gesellschaftsschädlichkeit, so ist das in Wahrheit nichts anderes als das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit. Das gleiche for-

---

[85]) So im wesentlichen v. Clerik. das Pflichtmoment im Strafrecht, Schw.J.Z. 10, S. 265. — Heims, Z. 40, S. 380 ff.; S. 743 ff.; Liepmann, S. 134. — Rosenfeld, Z. 32, S. 488; Rümelin, S. 26; Schlegel, Ger. S. 91, S. 231 ff.; Träger, Ger. S. 92, S. 335; Kohler Leitfaden d. deutschen Str.R. S. 41 ff. unterscheidet drei Formen der Widerrechtlichkeit: Verletzung eines subjektiven Rechts, Verletzung allgemeiner Kulturinteressen und Verletzung von Kulturveranstaltungen (Einrichtungen unserer Kulturwelt). Wo liegt aber im einzelnen die Abgrenzung? — Aehnlich versucht neuerdings Weinberg, der Verbotsirrtum, 1928, S. 35 ff. eine nicht geglückte Dreiteilung: a) an sich pflichtwidrige Handlungen (keine Normenkenntnis erforderlich), b) Verstöße gegen Kulturnormen (Bewußtsein sozialethischer Pflichtwidrigkeit), c) Verstöße gegen positive Satzungen (Kenntnis der Rechtsnormen erforderlich). Wo liegt die Grenze? M. E. Mayer faßt Pflichtwidrigkeit im Sinne von Kulturnormwidrigkeit. (Rechtsnormen und Kulturnormen S. 74 ff.; vgl. zur Kritik auch Z. 24 S. 738 ff.; Ger. S. 63 S. 355, ferner Lehrbuch des deutschen Strafrechts Stuttgart 1889 S. 233). Mayer gebraucht den Ausdruck „Kulturnorm" als einen Sammelnamen für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individium herantreten. — Kritik: Vor dem Entstehen der Rechtsnormen gibt es keine Normen der Religion, Moral, Konvention etc., die gleich den Rechtsnormen binden. Außerdem: die Kulturnormen, die doch für jede Nation (oft auch für jede soziale Schicht innerhalb der gleichen Nation) ihre eigene Färbung haben, werden nicht allgemein gekannt oder anerkannt; ein solcher Kautschukbegriff kann niemals für das Verbotensein der Handlung einen klaren Maßstab bilden. — vgl. hiezu auch Binding, Normen II S. 369; Beling, L.v.V.S. 33; Sauer, S. 269; Heims, Z. 41 S. 100 ff.

dert Rümelin (Verschulden S. 26), wenn er sagt, der Täter müsse gewußt haben, daß er gegen positives oder richtiges Recht verstoße. Würde es nicht zu weit führen, so könnten wir noch eine Reihe, anderer Theorien die eine seelische Beziehung des Täters zum Verbotensein seiner Handlung in irgend einer Form zum Vorsatz fordern, anführen, die aber im Grunde nichts anderes sind als bloße Schattierungen, der unter Ziff. 1—3 dargelegten Haupttypen. Treffend äußert sich Schlegel, S. 193: „Es hat manchmal den Anschein, als ob die unbewußte Vorliebe für eine besonders eigenartige und noch nicht gebrauchte Auffassung eines nicht so neuen Gedankens die Zahl der oft nur äußerlich verschiedenen Lösungen vermehrt hätte." Wenn wir hier aber etwas näher auf die Einzelmeinungen eingegangen sind, so taten wir dies auch aus dem Grunde, um den Streit im eigenen Lager derer, die die normative Schuldauffassung in irgend einer Form vertreten, etwas näher zu skizzieren. Ob man wohl infolge dieser Zersplitterung die nötige Stoßkraft gegen den eigentlichen Gegner, den man fast infolge dieses Wettstreites um Worte zu vergessen oder übersehen scheint, die in ihrem Standpunkt fast geschlossen und einmütig dastehende Praxis, aufbringen kann und wird? Gewiß nicht. Nicht umsonst konnte Drenkmann, G.A. 8, S. 364 ff. zur Verteidigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sagen: Man habe bis jetzt nicht eine allgemein anerkannte oder auch nur herrschende Lehrmeinung aufstellen können. Deswegen möchten wir abschließend all diesen Sondermeinungen folgendes entgegenhalten: Es gibt nur eine Art der Normen, die Rechtsnormen, nur eine Art der Pflicht, die Rechtspflicht![86]) (Siehe auch Binding, Ger. S. 77, S. 29). Für das Recht kann es allein darauf ankommen, ob der Täter im Einzelfalle die Einsicht bezw. deren Möglichkeit in die Rechtswidrigkeit, also in das rechtliche Verbotensein, das rechtlich Unerlaubte seiner Tat besaß. Wenn das Reichsgericht hier zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum scheidet, so ist das, wie wir sahen, verfehlt. Richtig aber, daß es damit die Schuld auf das Merkmal der Rechtswidrigkeit abstellt. Denn: „Keine andere Gebundenheit,[87]) die sonst noch den stolzen Namen Pflicht führt, hat solchen Urheber und solche Macht: Nicht die

[86]) wenigstens für unsere Frage.
[87]) als die Rechtspflicht.

sittliche Pflicht, die ihr am häufigsten zur Seite, ja wohl gar hoch über sie gestellt wird, noch viel weniger sog. Pflichten, welche die Sitte, Höflichkeit oder andere sog. Mächte der Gesellschaft auflegen." (Binding, Normen II, S. 224).

4. Abschnitt.

§ 13

Die Verordnung über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen vom 18. Januar 1917 und § 358 RAO.

Wie wir schon eingangs erwähnten, enthält die sog. Irrtumsverordnung eine wichtige Vorschrift über den Rechtsirrtum, die wir bei der Darstellung des geltenden Rechts nicht vermissen möchten.

Zu keiner Zeit zeigte sich die Ungerechtigkeit des Satzes: error iuris nocet deutlicher und folgenschwerer als in dem hinter uns liegenden Weltkrieg. Neben anderen unangenehmen Begleiterscheinungen brachte er eine Flut von Kriegsverordnungen, ins Land, deren Folge massenhafte Fälle schuldlosen Rechtsirrtums waren.[88]) Zur Steuerung dieser Not erging die Bundesratsverordnung vom 18. I. 1917. Sie erklärte bei Zuwiderhandlungen gegen das Ermächtigungsgesetz (vom 4. VIII. 1914 § 3, über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen usw.) unverschuldeten Rechtsirrtum[89]) für straffrei.[90])

„Die Verordnung", so sagt die Begründung, „nimmt

---

[88]) Schon in einer überzeugend begründeten Eingabe vom 4. II. 1911 erhoben die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft die Forderung, daß bei Uebertretung von Polizeiverordnungen unverschuldeter Rechtsirrtum straffrei bleibe.

[89]) Wenn der Täter „in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit der übertretenen Vorschrift die Tat für erlaubt gehalten hat."

[90]) Leider erfolgte die Vorschrift nicht kurz und klar materiellrechtlich, sondern in prozessualem Gewande: § 1. Das Ermittlungsverfahren kann eingestellt werden (auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch unanfechtbaren Beschluß des Amtsrichters); § 2. Eröffnung des Hauptverfahrens und Strafbefehls sind abzulehnen, in der Hauptverhandlung ist freizusprechen.

hiernach Vorschläge auf, welche die Strafrechtskommission für das Gesamtgebiet des Strafrechts gemacht hat." Nach der herrschenden Ansicht der Wissenschaft ist dies schon heute allgemein geltendes Recht; gegenüber der Rechtsprechung des Reichsgerichts aber war der Eingriff notwendig und ein grundlegender Fortschritt.[91])

Zur Auslegung ist hervorzuheben: wenn wegen unverschuldeten Rechtsirrtums Straffreiheit eintritt, so liegt hier selbstverständlich ein Schuldausschließungsgrund vor, nicht etwa nur ein sog. persönlicher Strafausschliessungsgrund.[92]) Bei fahrlässigem Rechtsirrtum arbeitet das Reichsgericht auch gegenüber der Bundesratsverordnung mit seiner verfehlten Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum (vgl. RGE. 51, 93; 51, 314). Allerdings ist dies nur infolge eines Mangels der Verordnung selbst möglich, nach der auch bei fahrlässig verschuldetem Rechtsirrtum Bestrafung wegen Vorsatzes möglich ist. Ist es aber nicht Wirkung eines jeden Irrtums, ob verschuldet oder unverschuldet, daß er den Vorsatz ausschließt?

Das Anwendungsgebiet der Bundesratsverordnung wurde noch erweitert durch das Gesetz über den Erlaß von Verordnungen für die Zwecke der Uebergangswirtschaft vom 6. II. 1921 und Art. 3 der VO. zur Ausführung des Art. 6 Abs. 3 des Notgesetzes vom 13. Juli 1923.

Der Bundesratsverordnung folgte die Reichsabgaben-

---

[91]) Vgl. v. Hippel, L.Z. 11, 1917, S. 697 ff.

[92]) So mit Recht Allfeld, S. 176, Recht, 22, 169; Binding, L.Z. 1917, S. 297 ff.; Lobe, daselbst S. 225; Goldschmidt, J.W. 1917, S. 183 ff.; ebenso RG. 30. April 1917, L.Z. 11, S. 1335.

Dagegen nimmt das RG. sonst bloß persönlichen Strafausschließungsgrund an: Vgl. z. B. RGE. 53, 81 ff.; 57, 255. Ebenso das Bay.Ob.LG., vgl. K. Meyer, Z. 38, S. 853 ff.; Schäfer: L.Z. 1917, S. 425 ff. — Die Leugnung eines Schuldausschließungsgrundes ist einfach eine protestatio factis contraria. (§ 2 Abs. 2 verlangt Freispruch!) Sie mit praktischen Gründen, z. B. dem Bedürfnis nach Strafbarkeit der Teilnahme, stützen zu wollen, ist deshalb unmöglich, überdies auch sachlich verfehlt. Ueberall sollte Schuldausschluß nur persönlich wirken. Nach geltendem Recht aber ist das Gegenteil der Fall. Praktisch beschränkt er sich übrigens auf die Straflosigkeit der Beihilfe; denn statt Anstiftung nehmen wir mittelbare Täterschaft an. Wollte man aber in unserem Falle lediglich persönliche Wirkung behaupten, so wäre allein die Auslegung möglich, daß es sich hier um die erfreuliche Neuerung eines persönlichen Schuldausschliessungsgrundes handelt. (Vgl. dazu als weiteres Beispiel Jugend-Ger. Ges. v. 1923, § 4).

ordnung vom 13. Dezember 1919 § 358: „Straffrei bleibt, wer in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit steuerrechtlicher Vorschriften die Tat für erlaubt gehalten hat." Für ihre Bedeutung und Auslegung gilt das zur Bundesratsverordnung Gesagte. (So grundsätzlich — natürlich von seinem Standpunkt aus — auch das Reichsgericht. Vgl. RGE. 56, 409; 61, 238.)

Wie wir schon ausführten, gestatten die beiden Gesetze kein argumentum e contrario dahin, daß auf anderen Gebieten schuldloser Rechtsirrtum strafbar wäre, vielmehr geben sie lediglich eine dem Fortschritt der Wissenschaft entsprechende Regelung für ihre Sondergebiete. Tragikomisch beinahe ist dabei aber folgendes: Gar zu gerne wurde denen, die die Straflosigkeit schuldlosen Rechtsirrtums vertraten, entgegengehalten, daß dies insbesondere auf dem Gebiet ethisch-indifferenter Delikte, wie auch des Steuerrechts, mit der Staatssicherheit unvereinbar sei. Jetzt hat dringendes staatliches Interesse die Reform der Gesetzgebung gerade h i e r z u e r s t herbeigeführt. Den Staat schützt man eben nicht durch unterschiedsloses Strafen, sondern allein durch die Gerechtigkeit.

3. Teil.

Die Regelung des Rechtsirrtums in den Entwürfen.[93])

§ 14

Allgemeines.

Der Gegensatz zwischen Theorie und Praxis, sowie die Uneinigkeit innerhalb der Theorie selbst trugen dazu bei die Ende des 19. Jahrhunderts zunächst nur zaghaft einsetzende Strafrechtsform zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu beschleunigen. Das erste greifbare Ergebnis war der Vorentwurf von 1909.

VE. 09. 1. Auf Veranlassung des Staatssekretärs des Reichsjustizamtes Dr. Nieberding trat am 1. Mai 1906 eine Kommission von 5 Praktikern (Vorsitzender der Preuß. Ministerialdirektor Dr. Lucas) mit dem Auftrag zusammen, einen formulierten Entwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung auszuarbeiten. Letzte Sitzung am 22. IV. 1909. Das Resultat war der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch mit 2 Bänden „Begründung". Der Entwurf 09 trug keinen amtlichen Charakter, war nicht zur Vorlegung an die gesetzgebenden Körperschaften, sondern zunächst nur zur öffentlichen Beurteilung bestimmt.

GE. 11. 2. Das Jahr 1911 brachte hierzu einen Gegenentwurf mit Begründung von Kahl, Goldschmidt, Liszt und Lilienthal.

---

[93]) Vgl. hierzu Verzeichnis wichtiger Aufsätze über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch aus den Jahren 1906/13 in D.Str.R.Z. 1914, S. 152 ff.; Verzeichnis wichtiger Aufsätze zur Reform des Strafrechts aus den Jahren 1914—1925 in Z. 46, S. 329 f. beide zusammengestellt von Hübel. — Vgl. weiterhin Schrifttum des Strafrechts und Strafprozeßrechts in J.W. 1926, S. 1259 ff.; J.W. 1926, S. 24, 140 ff.; 1927, S. 937 ff.

KE. 13. 3. Im gleichen Jahre tagte bereits eine neue Kommission (Vorsitzender zunächst Lucas, dann Prof. Dr. Kahl), um auf Grund der öffentlichen Besprechungen den Vorentwurf umzuarbeiten. Der neue Entwurf (Kommissions-Entwurf 1913) sollte mit einer Denkschrift veröffentlicht werden. Während an dieser gearbeitet wurde, brach der Krieg aus.

E. 19. 4. Im Frühjahr 1918 wurden die Arbeiten wieder aufgenommen. Mit der Neuredigierung wurden beauftragt der Staatssekretär im Reichsjustizministerium Dr. Joel, der Senatspräsident am Reichsgericht (später Oberreichsanwalt) Dr. Ebermayer, der Präsident des Oberlandesgerichts Stettin Dr. Cormann und der Ministerialdirektor im R.J.M. Dr. Bumke (jetziger Reichsgerichtspräsident). Das Ergebnis war, der Entwurf von 1919, auch er hatte noch keinen amtlichen Charakter. Im Jahre 1920 wurden die Entwürfe 1913 und 1919 mit einer Denkschrift veröffentlicht.

E. 22. 5. Ein neuer (nicht veröffentlichter) Entwurf wurde im Zusammenwirken der österreichischen und der deutschen Justizverwaltung aufgestellt und im Herbst 1922 vom R.J.M. Dr. Radbruch der deutschen Reichsregierung zur Beschlußfassung vorgelegt.

A.E. 25. 6. Die Reichsregierung nahm am E. 22 wenige, aber einschneidende Aenderungen vor (über sie vgl. Z. 45, 417). Am 17. November 24 legte sie ihn dem Reichsrat zur Beschlußfassung vor und im Jahre 1925 veröffentlichte sie ihn als „Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches."

E. 27. 7. Der Reichsrat veränderte den A.E. 25 in vielen einzelnen Punkten, auch in Fragen von größerer Bedeutung und verabschiedete ihn am 13. April 1927. Am 14. Mai 1927 wurde er durch den R.J.M. Hergt dem Reichstag der 3. Wahlperiode vorgelegt. Dieser beriet ihn am 21. und 22. Juni in erster Lesung und verwies ihn an einen neugebildeten Ausschuß, der unter dem Vorsitz des Abg. D. Dr. Kahl. vom 15. Novem-

ber 1927 bis 2. März 1928 in 62 Sitzungen, zu denen zahlreiche Sitzungen von Unterausschüssen kamen, den Allgemeinen Teil erledigte, sowie vom Besonderen Teil die Abschnitte über Amtsverbrechen, Meineid, Schädigung der Rechtspflege, Vorbereitung strafbarer Handlungen, Begünstigung, Strafvereitelung, Urkundenfälschung und Falschmünzerei. — Am 31. März 1928 wurde der Reichstag aufgelöst. Durch Reichsgesetz vom gleichen Tage, sog. Ueberleitungsgesetz (zustandegekommen mit der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Mehrheit), wurde bestimmt, daß der Entwurf der Beschlußfassung des Reichstags der folgenden Wahlperiode unterliege, ohne daß es seiner erneuten Einbringung bedürfe. Ergelte als neue Vorlage. — Im Reichstag der 4. Wahlperiode konstituierte sich der 21. Ausschuß zur Beratung des Entwurfes (Vorsitz: Abg. Kahl).[94]) Am 18. Juli 1930 wurde der Reichstag abermals aufgelöst. Mit der Auflösung waren sämtliche Arbeitsergebnisse des Strafrechtsausschusses hinfällig geworden, da ein besonderes Ueberleitungsgesetz, das die Früchte der Ausschußarbeit für den neuen Reichstag sichern sollte, an der Uneinigkeit der Parteien gescheitert war. Normalerweise müßte nun die ganze Vorlage zur Strafrechtsreform von der Regierung erneut eingebracht und abermals ausführlichen Kommissionsberatungen unterworfen werden. Um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, hat der Vorsitzende des früheren Strafrechtsausschusses Abg. Dr. Kahl in diesen Tagen den Strafgesetzentwurf in der Fassung, die er durch die parlamentarische Arbeit bei der Auflösung des alten Reichstages erhalten hatte, als Initiativgesetz-Antrag eingebracht. Der Antrag gibt die Beschlüsse der ersten Lesung des Strafrechtsausschusses des Reichstags wieder und zwar in der Fassung, die sie auf den deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen erhalten hatten. Soweit in diesen

---

[94]) Ende Februar 1930 war die Kommissionsberatung in erster Lesung erledigt.

Konferenzen keine endgültigen Beschlüsse zustande gekommen waren, hat sich der Antrag die Beschlüsse des deutschen Strafrechtsausschusses in erster Lesung zu eigen gemacht soweit bisher überhaupt noch keine Beschlüsse vorliegen, die Fassung der Regierungsvorlage, die im alten Reichstag die Grundlage der Beratung war.[95])

Wenn wir ein paar Worte in sachlicher Beziehung vorausschicken dürfen, so wollen wir hervorheben, daß sich die Reform in der Irrtumsregelung von Entwurf zu Entwurf immer mehr von der reichsgerichtlichen Doktrin im Sinne unserer Theorie entfernt hat, um in dieser Richtung im Entwurfe 25 ihren Höhepunkt zu erreichen.[96]) Der Entwurf 27 bedeutet wieder eine Abkehr von dem zuletzt eingenommenen Standpunkt und eine Rückkehr in die Bahnen von 1913 bis 1919.

§ 15

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909.

Der Vorentwurf behandelt die Frage des Rechtsirrtums im dritten Abschnitt über die Schuld nach vorhergehender Begrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in § 61 unter dem Kennwort „Rechtsirrtum" § 61 bestimmt:

> Hält der Täter die Handlung für erlaubt, weil er sich über nicht strafrechtliche Rechtssätze oder deren Anwendbarkeit irrte, so liegt Vorsatz nicht und Fahrlässigkeit nur dann vor, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht.
>
> Hält der Täter die Handlung für erlaubt, weil er sich über das Strafgesetz irrt, so können hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) angewendet werden.

§ 61 hält also an der unglücklichen Unterscheidung des Reichsgerichts zwischen strafrechtlichem und außer-

---

[95]) In der Reichstagssitzung vom 10. Dezember 1930 wurde der Antrag Kahl dem Strafrechtsausschuß überwiesen.

[96]) Wie wir noch sehen werden, kam AE. 25 unserem Ideal am nächsten ohne es jedoch vollkommen zu erreichen.

strafrechtlichem Rechtsirrtum fest. Schon aus diesem Grunde ist er nach unseren Darlegungen im ersten Teil der Arbeit abzulehnen. Alles, was dort gegen diese Unterscheidung gesagt ist, gilt hier noch in verstärktem Maße, weil jene Uebung des Reichsgerichts, die jetzt für den Unterrichter absolut nicht bindend ist, zum Gesetz erhoben auch keine Ausnahmen mehr verträgt, die heute Härten beseitigen. Dabei wird aber von den Verfassern des Vorentwurfs selbst anerkannt, (siehe Begründung, Allgemeiner Teil, S. 217) daß die Grenzen zwischen den Arten des Irrtums „nicht selten schwer zu finden sind und daß daher in manchen Fällen nur mit einer gewissen Willkür zu entscheiden sei, ob der vorhandene Irrtum seine Quelle im Strafrecht oder in einem anderen Rechtsgebiete hatte." Und diese Willkür sollte Gesetz werden, weil angeblich alle bisherigen Versuche, die Frage besser zu lösen, vergeblich gewesen sind? Aus Furcht, es könne ja einmal ein Verbrechen ungesühnt bleiben, wenn man den strafrechtlichen Irrtum für relevant erklärt, ist man in der Durchführung des richtigen Gedankens, daß die Strafe der Schuld entsprechen müsse, auf halbem Wege stehen geblieben, indem man eine Auffassung, die heute lediglich Ansicht des Reichsgerichts ist, der die Untergerichte keineswegs überall" „nachbetend" folgen, die die Kritik einhellig ablehnt, die im natürlichen Lauf der Dinge als absterbend erscheint, mit dem Zwange des Gesetzes ausgestattet hat. (Vgl. Hippel, D.Str.R.Z. 1917, S 21), Was nützen die stolzen Worte des § 58, daß nur da Strafe eintreten soll, wo eine Schuld vorhanden ist, wenn man gleich darauf durch eine unrichtige Behandlung des Rechtsirrtums diesem Grundsatz den Rücken kehrt?[97])

---

[97]) Ueberdies durchbricht der § 58 V.E. selbst den von ihm aufgestellten Satz „Keine Strafe ohne Schuld" durch seinen Konditionalsatz, „wenn nichts anderes bestimmt ist". Damit wird im Entwurfe zugegeben, daß es auch in der heutigen Zeit noch Delikte ohne Schuld geben kann. In der Begründung S. 200 ff. wird freilich die Regel, daß keine Strafe ohne Schuld eintreten kann, für selbstverständlich erklärt, trotzdem aber Ausnahmen für zulässig erachtet. Namentlich sind zu diesen Ausnahmen die Zoll- u. Steuergesetze zu rechnen. Die Begründung sagt weiter, man müsse diese Ausnahmen unbedingt aufrecht erhalten, da die auf ihrer Grundlage erlassenen Gesetze sonst ihren Zweck verfehlten. (Auch müsse man die zweite Kategorie, bei der die Strafe ohne Schuld aus dem polizeilichem Zweck der Strafbestimmungen und der geringen Natur der strafbaren Handlung herzuleiten sei, bestehen lassen). Also das Interesse des Staatssäckels soll dem der Gerechtigkeit vorgehen! Denn wenn es

Wenn je, so war es hier Bedürfnis, von einer Praxis loszukommen, die sich hilfslos in einer Sackgasse verrannt hatte. Statt dessen würde die Praxis nach dem Vorentwurf weiter ihre alten Wege gehen, die Wissenschaft — aber noch mehr die Betroffenen — werden nicht das geringste Verständnis den willkürlichen und unbilligsten Entscheidungen entgegenbringen. — und das alles nur, weil der Gesetzgeber aus mangelndem Verständnis für die Irrtumslehre den Irrtum nach seinem Grund, seiner Quelle, anstatt nach seinen Folgen (Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bewerten will) (Vgl. Binding, Ger. S. 77, S. 40).

Gegenüber dem jetzigen Rechtszustand bringt der Vorentwurf nur einen geringen Fortschritt, insofern er dem Richter anheimgibt, beim Strafrechtsirrtum die Strafe nach den Regeln über den Versuch zu mildern. Er ist insoweit den Schweizer. Entwürfen gefolgt (Hippel, V.D. Allgem. Teil III., S. 588), die bei Annahme rechtmäßigen Handelns mildere Bestrafung gestatten. Es wird also der Rechtsirrtum zum Strafmilderungsgrund degradiert. Damit aber wälzt der Gesetzgeber nur eine Aufgabe auf die Schultern des Richters ab, die gerade von ihm selbst zu lösen, umsomehr Grund bestanden hätte, als die Rechtsprechung in diesem Punkte keine gangbaren Wege gefunden hat.[98]) Als besonderes Kuriosum muß aber bei dieser Regelung auffallen, daß der Vorentwurf teilweise den Strafrechtsirrtum gegenüber dem außerstrafrechtlichen geradezu privilegiert hat. Bei einem auf Fahrlässigkeit beruhenden außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum muß nämlich nach § 61 Abs. 1 Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung eintreten, während bei einem auf Fahrlässigkeit beruhenden strafrechtlichen Irrtum (Abs. 2) der Richter die

---

sich bei diesen Gesetzen auch um die Bekämpfung des Schmuggelertums handelt, so kommt es dennoch schließlich in der Hauptsache darauf an, daß der Staat zu seiner Steuer kommt. Es ist durchaus nicht erfindlich, warum gerade die geringfügigen Handlungen anders als andere Delikte behandelt werden sollen.

[98]) Da die Berücksichtigung des fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ganz dem richterlichen Ermessen überlassen ist, ist es nach dem Vorentwurf möglich, daß im gleichen Falle das Vorbringen des Angeklagten, er sei sich der Rechtswidrigkeit der Tat nicht bewußt gewesen, von dem einen Richter (je nach dessen Anschauung über die Billigkeit und Gerechtigkeit der Berücksichtigung der Normen-Unkenntnis) für unbeachtlich erklärt wird, während es dem andern vielleicht Grund zur Strafmilderung, einem Dritten zur Annahme eines leichten Falles und damit zur Freisprechung ist. Ein solches weites, richterliches Ermessen, ist abzulehnen. (Vgl. auch Fuchs, Aschaffenburg, Bd. 10, S. 534/35).

Strafe wie beim Versuch mildern und unter Umständen — wenn es sich um einen besonders leichten Fall handelt, ganz von Strafe absehen kann (§ 76 Abs. 3, 83). Ueber den Irrtum über Erschwerungs- und Milderungsgründe schweigen sich der Entwurf wie die Motive vollkommen aus. Man denkt unwillkürlich an Köhlers Worte (Annalen des Deutschen Rechts, 1910, S. 180): Der Entwurf erwartet ferner, daß jeder Richter gescheiter sei als er und dasjenige errate, was der Gesetzgeber nicht näher anzugeben vermag.

§ 61 des Vorentwurfs ist denn auch im Schrifttum durchweg einhellig abgelehnt worden; wie wir sahen, mit Recht! Um es bei den alten Fehlern zu belassen, bräuchte man kein neues Gesetz! (Vgl. Binding, Ger. S. 81 S. 51). Gegenüber dem Vorentwurf würden wir immer noch der lex lata den Vorzug geben, da sie die Frage des Rechtsirrtums wenigstens offen läßt.[99])

§ 16.

Der Gegenentwurf zum Vorentwurf von 1911.

Er enthält einiges Begrüßenswerte: In den besonderen Deliktstatbeständen sind Worte wie „rechtswidrig", „pflichtwidrig", „unbefugt" gestrichen.[100]) Die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum kennt er nicht. Aus der Vorsatzdefinition des § 20 Abs. 1,

> vorsätzlich handelt, wer sich durch die Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen Tatumstände nicht von ihrer Begehung abhalten läßt,

ergibt sich, daß jeder Irrtum des Täters über Tatumstände den Vorsatz ausschließt.[101])

[99]) Man hat vorgeschlagen (Beling, Unschuld. S. 69; Köhler Studien, z.V.E. eines d. Str.G.B. 1910, S. 24), den § 61 d. VE. dahin abzuändern, daß Abs. 2 gänzlich wegfällt und im Abs. 1 der Satzteil: Weil er sich ... irrt weggelassen wird. Eine solche Bestimmung würde der von uns befürworteten Auffassung der Irrtumsfrage weit mehr entsprechen.

[100]) Das selbständige Nebeneinanderstehen der Begriffe „rechtswidrig" und „schuldhaft" in § 19 GE. erscheint uns andererseits allerdings mit der Logik nicht recht vereinbar.

[101]) Die Fassung des § 20 GE. dürfte allerdings dies weniger glücklich zum Ausdruck bringen; denn es ist gefährlich, die zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen Tatumstände mit Tatbestandsmerkmalen (die § 20 ja im Auge hat,), zu identifizieren. Wollte man dem Willen der Verfasser des GE., die von der vom VE. vorgeschlagenen Regelung bewußt abweichen

Für die Uebertretungen (§ 347) verlangt der Gegenentwurf zur Schuld Kenntnis bezw. Möglichkeit der Kenntnis des Gesetzes. Damit weist der Gegenentwurf wenigstens auf dem Gebiete der Uebertretungen dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Einfluß zu.

Anderes wieder kann nicht gebilligt werden: Die Begründung sagt (S. 33, 320), die Vorstellung bezw. Vorstellbarkeit der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände bringe grundsätzlich ohne weiteres die Vorstellung bzw. Vorstellbarkeit der Schädlichkeit der Handlung mit sich; es sei daneben regelmäßig nicht das Bewußtsein bzw. die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit erforderlich.[102]) Damit erklärt der Gegenentwurf bei Verbrechen und Vergehen zur Annahme schuldhaften Handelns beim Täter das Bewußtsein der Schädlichkeit seiner Handlung für ausreichend. Wir haben aber schon früher dargelegt, daß zur Schuld das Bewußtsein der Schädlichkeit nicht ausreichen kann.[103]) Gleichzeitig wirft sich hier eine Frage auf: Warum bringt der Gegenentwurf seine Ansicht — daß bei Verbrechen und Vergehen zum Vorsatz das Bewußtsein der Schädlichkeit der Handlung gehört — in der Vorsatzdefinition des § 20 nicht zum Ausdruck? Deshalb anscheinend, weil man bei Kenntnis der Tatumstände einer strafbaren Handlung das Vorhandensein des Bewußtseins der Schädlichkeit einfach unterstellen will. Eine solche Präsumtion widerspricht aber den Grundsätzen unserer StPO. und wäre im höchsten Grade ungerechtfertigt; denn mit der Kenntnis der Tatumstände braucht keinesfalls immer das Bewußtsein der Schädlichkeit gegeben zu sein.

In § 23 unter der Randbezeichnung „Irrtum über die Rechtswidrigkeit" handelt der GE. vom Irrtum über die Rechtswidrigkeit:

> Hält der Täter sich zur Vornahme der Handlung für berechtigt, so liegt Vorsatz nicht und Fahrlässigkeit

wollten, nicht Rechnung tragen, so könnte man wohl mit Recht dem Wortlaut des § 20 zufolge ihn nur als eine Regelung des Tatirrtums betrachten.

[102]) Es sei eine solche Forderung auch für die Rechtspflege unmöglich (!) (Begründung S. 33) — vgl. Begründung des VE. S.216.

[103]) Auch ist es nicht erfindlich, warum bei Verbrechen und Vergehen das Bewußtsein der Schädlichkeit genügen soll, während man bei Uebertretungen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit anerkennt. Per argumentum a minore od maius sollte man es für Verbrechen und Vergehen erst recht fordern. Weiterhin — gibt es nicht auch Uebertretungen, die sittlich nicht indifferent sind?

nur dann vor, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht.

Die Fassung des § 23 scheint äußerlich dafür zu sprechen, daß jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit von Belang sei. Allein man darf nicht vergessen, daß den Verfassern (siehe Kahl DJZ. 1911, S. 960 ff.) dabei als selbstverständlich vorschwebte, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit niemals Voraussetzung für die Bestrafung ist. (Siehe auch Begründung S. 34). Wollte man § 23 GE. so verstehen: Hält der Täter aus irgend einem Grund, z. B. weil ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlte, die Vornahme der Handlung für erlaubt, so liegt Vorsatz nicht und Fahrlässigkeit nur dann vor, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht — so ginge man über den Rahmen dessen, was gesagt werden soll, nämlich, daß nur die irrige Annahme einer positiven Berechtigung den Täter vor Strafe schützen kann, weit hinaus.[104])

Man deckt also ein Loch zu, um sogleich ein anderes dafür aufzureißen, wenn man zwar die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum fallen läßt, dafür aber zwischen Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund und anderem Rechtsirrtum unterscheiden will. Es spuckt eben noch ganz gewaltig eine Unterscheidung innerhalb des Rechtsirrtums in irgend einer Form in den Motiven wie im Gesetze selbst herum. Sollte vielleicht gar diese Regelung, die in der Begründung verheißene „Verinnerlichung des Gegensatzes von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum" bedeuten? § 23 ist keineswegs zu billigen; wenn der Täter seine Handlung entschuldbar nicht für rechtswidrig hält, so ist ihm ebensowenig ein Vorwurf daraus zu machen, als wenn er sich zur Vornahme seiner Handlung „trotz bekannter und bekannt sein sollender Tatumstände, infolge irriger Auffassung eines konkreten Rechtsverhältnisses für positiv berechtigt hielt". (Begründung S. 33).

---

[104]) Man könnte allerdings einwenden, die Meinung der Verfasser und der Standpunkt der Begründung, seien nicht maßgebend für die Gesetzesauslegung, wenn sie nicht im Gesetze selbst zum Ausdruck gelangt sind; das Gesetz sei vielmehr dem Fortschritt der Wissenschaft und Zeit entsprechend, gerecht und zweckmäßig zu interpretieren. Eine solche Auslegung ist aber bei § 23 nicht möglich, da die ausdrückliche Formulierung „berechtigt" (anders wäre es, wenn es „erlaubt" hieße) eine sehr enge Auslegung verlangt und deswegen nur eine sehr beschränkte Berücksichtigung des Rechtsirrtums gestattet.

Die Grundauffassung des Gegenentwurfes bedeutet zweifellos einen Fortschritt gegenüber dem Vorentwurf und zeigt Verständnis für die Irrtumsfrage; aber alles ist nur relativ: das erlösende Wort hat der Gegenentwurf noch nicht gefunden. Von einzelnem Anerkennungswerten abgesehen, muß er als Ganzes abgelehnt werden.

§ 17.

Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913.

Der Kommissionsentwurf kann in der Regelung des Rechtsirrtums als eine Verbesserung gegenüber dem Vorentwurf angesehen werden.

Die Unterscheidung des Vorentwurfs zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum wurde in erster Lesung noch festgehalten, in der zweiten Lesung aber aufgegeben (s. Ebermayer, Die Strafrechtsreform, Tübingen 1914, S. 8 ff.). Der alte Bann — die Einteilung des Irrtums nach der Quelle — ist also insoweit gebrochen. Die für uns in Frage kommenden Bestimmungen des Kommissionsentwurfs lauten:

> Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht... (§ 17 Abs. 1).
>
> Nicht vorsätzlich handelt, wer auf Grund tatsächlichen Irrtums einen nicht zum Tatbestand gehörigen Tatumstand annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde (§ 17 Abs. 2).

Diese Bestimmungen finden sich im zweiten Abschnitt: „Die strafbare Handlung". Mit ihnen in engem Zusammenhang steht die im 11. Abschnitt „Strafbemessung" eingestellte Bestimmung:

> „Hat der Täter nachweislich in dem Glauben gehandelt, die Tat sei erlaubt, weil er sich über das Gesetz oder dessen Anwendbarkeit irrte," so darf auf gewisse Strafarten nicht erkannt werden und kann im übrigen auf das gesetzliche Mindestmaß der Strafe herabgegangen werden (§ 114 Abs. 1.).
>
> „Ist der Irrtum entschuldbar, so kann der Richter die ordentliche Strafe oder die nach Abs. 1 an ihre Stelle tretende Strafe nach freiem Ermessen mildern.

Ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so darf davon abgesehen werden" (§ 114 Abs. 2).

Nach dem Kommissionsentwurf muß sich der Täter also, um vorsätzlich zu handeln, sämtliche Deliktsmerkmale, gleichgültig, ob sie tatsächlicher oder rechtlicher Natur sind, zum mindestens als möglich vorgestellt und ihre Verwirklichung gewollt haben. Die Unkenntnis auch nur eines der zum Tatbestand gehörigen Merkmale schließt daher den Vorsatz aus. Es ist dabei nach dieser Regelung nicht zu unterscheiden, ob diese Unkenntnis auf tatsächlichem oder rechtlichem, strafrechtlichem oder nichtstrafrechtlichem Irrtum beruht. Der Täter, der die weggenommene fremde Sache für seine eigene hält, wie der Täter, der sich durch ein Recht zur Wegnahme der fremden Sache befugt glaubt, begehen gleicherweise keinen vorsätzlichen Diebstahl. Da der Entwurf den Begriff des Vorsatzes festlegte, erübrigte sich eine ausdrückliche Erklärung über die vorsatzausschließende Wirkung der fehlenden Kenntnis eines Tatbestandsmerkmals. Nur hinsichtlich der negativen Tatbestandsmerkmale bestimmt der Kommissionsentwurf ausdrücklich, daß die auf tatsächlichem Irrtum beruhende Annahme ihres Vorliegens den Vorsatz ausschließt.[105])

Sonach ist nach dem Kommissionsentwurf Vorsatz immer schon dann gegeben, wenn der Täter den Tatbestand einer strafbaren Handlung in Kenntnis aller Tatbestandsmerkmale verwirklicht und dabei den Willen hat, den Erfolg herbeizuführen. Belanglos ist es nach dem Kommissionsentwurf, ob der Täter bei seinem Handeln das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hatte.

Eine besondere Regelung bringt der Kommissionsentwurf für jene Fälle, in welchen der Täter zwar vorsätzlich handelte, aber infolge eines Irrtums über das

---

[105]) Dazu Binding mit Recht in Ger.S. 87, S. 132: Mit diesem bis zur Unverständlichkeit schlecht gefaßten verneinenden Rechtssatz (sc. § 17 Abs. 2) ist wohl der so grundirrigen Theorie der sog. negativen Tatumstände die nötig scheinende Verbeugung gemacht. Aber nur die Annahme auf Grund „tatsächlichen Irrtums" schließt den Vorsatz aus. Also eignet sich der Entwurf die grundfalsche Einteilung des Irrtums in Rechtsirrtum und tatsächlichen Irrtum wieder an . . . . Glaubt also jemand in verschuldetem Notstand sich auch durch eine sog. Notstandsverletzung retten zu dürfen, so ist diese Verletzung vorsätzlich rechtswidrig verübt.

Gesetz oder dessen Anwendbarkeit seine Tat für erlaubt hielt.

Der Kommissionsentwurf hat dabei folgende Fälle im Auge (vgl. dazu Ebermayer L.Z. 1918, S. 801 ff.; S. 1042 ff.; S. 1301 ff.; von Hippel, L.Z. 1918, S. 1032 ff.)

Der Täter handelt vorsätzlich, also in Kenntnis aller Tatumstände, hält aber die Tat für erlaubt,

weil er von der Bestimmung, die seine Handlung verbietet, keine Kenntnis hat, oder da er in falscher Auslegung des ihm bekannten Verbots zur Annahme gelangt, daß sein Handeln nicht unter dieses Verbot fallen wird. (In diesem Falle wird allerdings zumeist der Täter ein Deliktsmerkmal verkennen und damit würde der Vorsatz ausgeschlossen sein— die Irrtumsbestimmung daher überhaupt nicht zur Anwendung kommen.)

Oder

Weil er zwar die einen Komplexbegriff (z. B. Urkund, Unzucht) konstituierenden Merkmale kennt, aber nicht weiß, daß sie in ihrer Gesamtheit den Komplexbegriff ergeben oder schließlich da er aus Rechtsirrtum das Vorhandensein eines sog. negativen Tatumstandes, eines die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließenden Umstandes (Notwehr, Züchtigungsrecht, rechtlich verbindlicher Befehl) angenommen hat.

In all diesen Fällen handelt der Täter im Sinne des Kommissionsentwurfs vorsätzlich; handelt aber nachweislich in dem Glauben, die Tat sei erlaubt, so darf auf gewisse Strafarten (Todesstrafe, Zuchthaus usw.) nicht erkannt werden; an ihre Stelle tritt ein milderer Strafrahmen. Hierbei ist es ohne Bedeutung, ob es sich um unentschuldbaren oder entschuldbaren Irrtum handelt (§ 114 Abs. 1). Beim Vorliegen entschuldbaren Irrtums steht eine weitere Milderung der Strafe im freien Ermessen des Richters; dieser kann von einer Bestrafung sogar ganz absehen, wenn die besonderen Umstände des Falles dies rechtfertigen. (§ 114 Abs. 2).

Diese Regelung des Kommissionsentwurfs bedeutet gegenüber der durch das Reichsgericht geübten Auslegung des geltenden Rechts zweifellos eine Milderung; denn er tritt für eine Berücksichtigung des Rechtsirrtums ein, wenn er sie auch nur zum Teil obligatorisch macht. An-

dererseits steht dieser Milderung aber wieder eine Verschärfung im Vergleich zur reichsgerichtlichen Doktrin insoferne gegenüber, als er den Rechtsirrtum stets unter Strafe stellt, wenn er verschuldet war. Hier geht der Kommissionsentwurf über den Standpunkt des Reichsgerichts hinaus, das den nicht strafrechtlichen Irrtum nur dann bestraft, wenn bei dem in Frage stehenden Delikt auch fahrlässige Begehung strafbar ist.

Der Kommissionsentwurf ist Stückwerk.

Der bedenkliche Satz des § 58 Abs. 2 Vorentwurf: „Wenn nichts anderes bestimmt ist", ist zwar im KE. bei der Bestimmung über die Schuld weggelassen worden, man hat aber auch hier die Durchbrechung des Verschuldungsprinzips für die Zoll- und Steuergesetze und eventl. auch für gewisse Uebertretungen angenommen, nur mit dem Unterschiede, daß man jetzt diese Ausnahmen in das Einführungsgesetz verwiesen hat. Diese Durchbrechung des Satzes: Keine Strafe ohne Schuld muß natürlich auch für die Behandlung des Rechtsirrtums ihre nachteiligen Folgen ausüben. Anstatt durch die Aufnahme des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in die Begriffsbestimmung des Vorsatzes der Irrtumsfrage endlich einmal eine befriedigende Lösung zu geben, unterscheidet man weiterhin (§ 17 Abs. 2) zwischen Tat- und Rechtsirrtum, kleidet weiter die reichsgerichtliche Unterscheidung nur in ein neues Gewand,[106]) wodurch die Praxis zu ebensolchen Schwierigkeiten und Härten gelangen würde, wie jetzt bei der Anwendung der Theorie vom außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum. Anstatt zu bestimmen, daß bei entschuldbarem Rechtsirrtum freizusprechen ist, gibt man dem Richter ein bloßes Milderungsrecht (eventl. ein Recht auf Absehen von Strafe) — also nur die fakultative Strafmilderung der schweizerischen Entwürfe und die mögliche Straffreiheit des norwegischen Gesetzes! Der Makel der schuldhaften Normübertretung soll demnach auch im günstigsten Falle an dem Täter hängen bleiben, da ja nicht die Schuld, sondern nur die Strafe ausgeschlossen werden kann. Das Ermessen des Richters[107]) soll darüber entscheiden, ob der Täter straflos zu lassen ist, ob er die immer noch empfindliche nie-

---

[106]) Durch eine rein äußerliche Trennung von Irrtum über Rechts- und Komplexbegriffe.

[107]) Was obendrein noch zu einer ungleichen Rechtsprechung führt.

drigere Strafe zu büßen hat. Mit Recht verwahrt sich denn auch Lobe im Ger. S. 81 S. 429 dagegen, daß der Täter „Verbrecher" bleibe: „Wer entschuldbar im Rechte irre, könne verlangen, daß er nicht für schuldig erklärt und deshalb freigesprochen werde. Er dürfe nicht der Gefahr ausgesetzt werden, auch nur milde bestraft zu werden". (Aehnlich auch Ebermayer, L.Z. 1918, S. 812). Ebenso mangelhaft ist auch die Regelung des „unentschuldbaren" (soll wohl heißen fahrlässigen) Rechtsirrtums; denn dieser darf nicht anders behandelt werden als die sonstigen Fälle der Fahrlässigkeit. Sehr sonderbar muten uns die Worte: „Weil er sich über das Gesetz oder dessen Anwendbarkei irrte" an; denn streng genommen umfassen sie sogar den Irrtum über die Strafbarkeit mit.

Noch andere Mängel zeigt der Entwurf; einige seien kurz gekennzeichnet. Die Bestimmungen über die Strafmilderung bei Rechtsirrtum findet man wunderlicherweise in dem Abschnitt über die Strafbemessung. Der Irrtum wird als Strafzumessungsgrund behandelt; die Bestimmung gehörte aber in den Abschnitt über die Schuld; denn diese und nicht nur die Strafe wird durch den Irrtum gemindert oder ausgeschlossen (vgl. auch Hippel, D.Str.R.Z. 1917, S. 22).

Die Strafmilderungsvorschriften des § 114 will man nur dann zur Anwendung kommen lassen, wenn der Täter „nachweislich" in dem Glauben an die Erlaubtheit seiner Tat handelte. Wie Ebermayer (vgl. DJZ. 1913, S. 495 und Str.R.Kommission S. 15) erläutert, soll zwar dadurch dem Angeklagten nicht der Beweis seiner Gutgläubigkeit aufgebürdet werden, es soll vielmehr nur eine Mahnung an den Richter sein, den Rechtsirrtum nur dann zu berücksichtigen, wenn er die volle Ueberzeugung von seinem Vorhandensein gewonnen hat. Verschiebt man mit der Bestimmung des § 114 Kom.E. auch nicht die Beweislast, so läßt sich doch nicht ableugnen, daß der prozessuale Grundsatz: in dubio pro reo keine Beachtung gefunden hat. Der behauptete Rechtsirrtum muß nach den allgemeinen prozessualen Grundsätzen zugunsten des Angeklagten wirken, soferne er nicht völlig unglaubhaft erscheint. Deshalb müssen die Strafmilderungsvorschriften des § 114 auch für die Fälle zur Anwendung kommen, in denen die Irrtumsbehauptung zwar nicht völlig bewiesen, aber auch nicht widerlegt werden kann.

Nach all dem Gesagten kann der Kom.E. nicht als ein Vorschlag zu einer befriedigenden gesetzlichen Rege-

lung betrachtet werden Hart, bitterhart aber — wahr klingen Bindings Worte in Ger. S. 87, S. 130: „In der Behandlung des Irrtums steht der Entwurf (sc. KE.) tief — gerade unendlich tief unter dem geltenden Recht —, stellt also nicht nur keinen Fortschritt, sondern einen kolossalen Rückschritt dar."

§ 18

Der Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919.

Die für unsere Betrachtung wesentlichen Bestimmungen finden sich in § 11 Abs. 2 und § 12. § 11, Abs. 2 (§ 11 Abs. 1 wiederholt die Vorsatzdefinition des § 17 Abs. 1 KE.) lautet:

„Vorsätzlich handelt nicht, wer irrtümlich einen Tatbestand annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichen Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen würde".

§ 12:

„Handelt der Täter vorsätzlich, hält er aber auf Grund rechtlichen oder tatsächlichen Irrtums die Tat für erlaubt, so ist die Strafe zu mildern (§ 110).

War der Irrtum unverschuldet, so ist der Täter straffrei".

Die Stellung des Entwurfs läßt sich kurz dahin fixieren:

Beim Vorliegen eines Irrtums über das Vorhandensein eines zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Merkmals kann der Täter nicht wegen Vorsatzes und auch wegen Fahrlässigkeit nur bei verschuldetem Irrtum bestraft werden. Belanglos bleibt dabei, ob dieser Irrtum ein rechtlicher oder tatsächlicher, ein strafrechtlicher oder ein außerstrafrechtlicher ist. Es erübrigte sich, diesen Satz im Entwurfe eigens auszusprechen, da er sich aus seiner Vorsatzdefinition mittelbar ergibt. Ist nämlich der Vorsatz die mit Wissen und Willen erfolgte Verwirklichung des Tatbestandes (§ 11 Abs. 1), so ist Vorsatz nicht gegeben, wenn der Täter nur eines der Merkmale des Tatbestandes nicht gekannt oder nicht richtig erkannt hat.

Der Vorsatz ist nach dem Entwurf auch dann ausgeschlossen, wenn der Täter irrtümlich einen Tatbestand

annimmt, der bei seinem wirklichen Vorhandensein die Rechtswidrigkeit seiner Handlung nach öffentlichem oder bürgerlichem Rechte ausschließen würde (§ 11 Abs. 2) (so wenn der Täter irrtümlich Notwehr, ein Züchtigungsrecht usw. als vorliegend annimmt). Gleichgültig ist auch hier für die vorsatzausschließende Wirkung des Irrtums, ob der Irrtum ein rechtlicher oder ein tatsächlicher ist. Der Vorsatz ist also in gleicher Weise ausgeschlossen bei dem, der infolge tatsächlichen Irrtums wähnt, er befinde sich einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenüber und daher in Notwehr, wie bei dem, der glaubt, er handle in Notwehr, weil er sich über den Begriff des „gegenwärtigen" oder „rechtswidrigen" Angriffs täuscht.

Neben diesen Fällen, in denen der Irrtum den Vorsatz ausschließt, handelt § 12 des Entwurfes von dem Irrtum, der den Vorsatz unberührt läßt. Der Täter verwirklicht mit Wissen und Willen den Tatbestand einer strafbaren Handlung in Kenntnis des Vorhandenseins aller gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und in dem Bewußtsein, daß kein Tatbestand vorliege, der die Rechtswidrigkeit seines Handelns ausschließen würde, hält aber dennoch seine Handlung für erlaubt. Dies ist nach der Denkschrift (S. 24) nur auf zweierlei Art möglich:

Der Täter ist entweder der irrigen Annahme, seine Tat sei überhaupt nicht verboten oder er kennt zwar ihr Verbotensein im allgemeinen, glaubt aber das Verbot finde auf seinen Fall keine Anwendung, da ihm ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stehe, (den das Gesetz überhaupt nicht kennt). Für die Beurteilung dieser Fälle unterscheidet der Entwurf zwischen verschuldetem und unverschuldetem Irrtum. Ist der Irrtum unverschuldet, so bleibt der Täter straffrei; bei unverschuldetem Irrtum erfolgt Bestrafung wegen vorsätzlichen Handelns, die Strafe erfährt jedoch eine Milderung nach Maßgabe des § 110 (Fortschritt gegenüber dem § 114 des KE.).

Die Regelung des Entwurfs in § 11 Abs. 2 und § 12 sei durch ein paar Beispiele erläutert (vgl. Denkschrift S. 25):

a) Wer ein fremdes Kind züchtigt in der irrtümlichen Meinung, es sei sein eigenes, handelt nach § 11 Absatz 2 nicht vorsätzlich; denn in dem Glauben, er übe ein ihm zustehendes Züchtigungsrecht aus, setzt er einen Tatbestand voraus, der, läge er vor, die Rechtswidrig-

keit seiner Handlung nach bürgerlichem Recht ausschließen würde.

b) Züchtigt der Dienstherr seinen Dienstboten in der Annahme, ihm stehe gegenüber dem Gesinde ein Züchtigungsrecht zu, so greift § 12 des Entwurfes ein, da der Täter hier irrtümlich das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes annimmt, den das Gesetz nicht kennt (vgl. Art. 95, Abs. 3 EG. zum BGB.). Sein Handeln ist vorsätzlich; war der Irrtum unverschuldet, so Straffreiheit, war der Irrtum verschuldet, so Bestrafung wegen Vorsatzes, jedoch Milderung der Strafe nach Maßgabe des § 110 des Entwurfes.

Die irrtümliche Vorstellung selbst wird hier also zugrunde gelegt: Bildet sie eine nicht rechtswidrige, mithin rechtmäßige Handlung, so hat der Täter nicht vorsätzlich gehandelt; erweist sich dagegen der vorgestellte Sachverhalt als eine rechtswidrige Handlung, verursacht durch die falsche Annahme eines der Rechtsordnung unbekannten Rechtfertigungsgrundes so bleibt der Vorsatz bestehen.

Einen unter den Tatbestandsirrtum einzureihenden Fall gegenüber einem zu § 12 gehörigen gibt Träger in Z. 43 S. 145:

1. Ein Bauer tötet auf dem Felde einen Dachs, den er in der Dämmerung für einen Hamster hält. Dieser Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal schließt den Vorsatz aus, mag er auch noch so unentschuldbar sein, sodaß der Täter, da es ein fahrlässiges Jagdvergehen nicht gibt, straffrei ist.

2. Unser Bauer tötet wissentlich einen Dachs aber in Unkenntnis der Rechtsvorschrift, die den Dachs, für ein jagdbares Tier erklärt. Hier ist er auf jeden Fall eines vorsätzlichen Jagdvergehens schuldig; bei entschuldbarem Irrtum bleibt er straffrei. — Beim unentschuldschuldbarem Rechtsirrtum (§ 12) tritt sonach stets Bestrafung wegen vorsätzlichen Vergehens, auf der anderen Seite — beim unentschuldbaren Tatbestandsirrtum — stets Ausschluß des Vorsatzes ein.

Die Beispiele, wie das Dargelegte ergeben, daß die Regelung unserer Frage im Entwurfe von 1919 noch keine vollkommene oder ideale sein kann, wenn wir auch zugestehen, daß sie einen Fortschritt gegenüber dem Kommissions-Entwurf bedeutet. Die Verfasser konnten sich immer noch nicht entschließen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Bestandteil des Vorsatzes zu ma-

chen;[108]) die Vorsatz ausschließende Kraft des Irrtums (beide unterscheiden sich ja nur durch das Vorzeigen) hat man zu wenig gewürdigt und beachtet. Nur für die Fälle des § 11 wird erkannt, daß der Rechtsirrtum den Vorsatz beseitigt. Für allen übrigen Irrtum (§ 12) kennt der Entwurf von 1919 immer noch ein vorsätzliches Handeln, auch wenn dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt. (Vgl. Gerland, Kritische Bemerkungen S. 16). Treffend äußert sich hierzu Beling (Methodik S. 150): „§ 11 Abs. 2 hätte eben nicht äußerlich und obendrein unstimmig an § 11 Abs. 1 angeleimt werden sollen, sondern sein Inhalt wäre in § 12 überzuführen und dieser wiederum in § 11 Abs. 1 aufzunehmen gewesen." So aber zeigt sich eine ganz unerklärliche und mehr noch unerfreuliche Verschiedenheit in der Behandlung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit der Tat. Es ist nicht zu verstehen, warum der Vorsatz nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn man infolge irriger Annahme eines Rechtfertigungsgrundes die Tat für erlaubt gehalten hat, warum aber, wenn man aus einem anderen Grunde zu demselben Denkresultat gekommen ist, der Vorsatz unberührt bestehen bleiben soll. Immer liegt doch der gleiche Folgeirrtum vor: Der Täter nimmt an, daß seine Handlung nicht gegen die Rechtsordnung verstößt. Das ist aber das einzig Entscheidende. „Es bleibt uns immer völlig unklar, warum der Irrtum über die Rechtswidrigkeit (denn darum handelt es sich sowohl in § 11 Abs. 2 wie in § 12 Abs. 1) in seinen verschiedenen Erscheinungsformen so ganz verschieden vom Entwurf behandelt wird. (Gerland, Krit. Bemerkungen S. 16).

Die Unterscheidung innerhalb des Irrtums über Rechtfertigungsgründe ist ihrerseits innerlich ebenso ungerechtfertigt, wie die Einteilung in strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum. „Diese Unterscheidung ist von der Art, daß ihre Subtilität nur noch durch ihre Irrationalität übertroffen wird. Hat doch der Täter beidemale bewußt eine Körperverletzung vorgenommen, zu der er sich befugt glaubte" (Dohna, Irrtum S. 24).

[108]) Aus § 16 des E. 19 ergibt sich, daß zum Tatbestand des Unterlassungsverbrechens, Rechtswidrigkeit der Unterlassung und Bewußtsein eben dieser Rechtswidrigkeit gehört. — Warum hier so, dort anders? Ebenso auffallend ist es, wenn der E. bei der Bestimmung der Unzurechnungsfähigkeit von der Fähigkeit das Ungesetzliche der Tat einzusehen, ausgeht, aber auf die Tatsache des Bewußtseins der Ungesetzlichkeit kein entscheidendes Gewicht legt. (Vgl. Gerland, Krit.-Bem. S. 17).

Um Härten zu vermeiden, unterscheidet man, wie wir oben schon ausführten, bei dem nicht relevanten[109]) Irrtum des § 12 einen verschuldeten und einen nichtverschuldeten. Diese Bezeichnung soll wohl das gleiche bedeuten wie jene von „entschuldbar" und „unentschuldbar" im Kommissionsentwurf. Schließt aber nicht der entschuldbare Irrtum überhaupt jede Schuld aus? Hier liegt ein offener Widerspruch vor; denn der in § 12 Abs. 2 erwähnte Vorsatz mit entschuldbarem, d. h. doch schuldlosem Irrtum läuft geradezu auf eine schuldlose Schuld hinaus. (Beling, Methodik, S. 149; Gleispach, Der deutsche Strafgesetzentwurf S. 20). Dazu kommt noch ein weiteres Bedenken: Der relevante Irrtum des § 11 Abs. 2 kann — bei einem wegen Fahrlässigkeit nicht strafbaren Delikt — logischerweise nur als Schuldausschließungsgrund in Betracht kommen; im Falle des § 12 Abs. 2 aber bildet der Irrtum einen persönlichen Strafausschliessungsgrund (vgl. hierzu auch unsere beiden letzten Beispiele auf S. 105/106). Diese Tatsache gibt sogar einer der Verfasser (Ebermayer, JW. 1922, S. 216) zu. Bei einer solchen Stellungnahme des Gesetzes ist aber der Höhepunkt der Verwirrung erreicht! (Vgl. auch Merkel, Z Bd. 43, S. 316).

Und da will die Denkschrift behaupten, der Entwurf habe die Unterscheidung zwischen Tatsachen — und Rechtsirrtum restlos aufgegeben. Leider nur eine „Behauptung", die, wie gezeigt, doch auf recht schwachen Füßen steht. Wenn auch der E. 19 die bezeichneten Mängel zum großen Teil dadurch auszugleichen sucht, daß er wie der K.E. bei nichtentschuldbarem Rechtsirrtum ein obligatiorisches Strafmilderungsrecht einführt und ferner bei schuldlosem Rechtsirrtum obligatorisch Straffreiheit eintreten läßt, so ist die Behauptung der Denkschrift (S. 25), die Regelung der Irrtumslehre erreiche im Ergebnis im Wesentlichen den gleichen Erfolg, wie er von denen erstrebt wird, die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu einem Bestandteil des Vorsatzbegriffes machen, .. doch nur halbe Wahrheit; der entschuldbare Rechtsirr-

---

[109]) Ueberhaupt ist nach unserer Ansicht eine Untersuchung, ob ein Irrtum verschuldet oder nicht verschuldet ist, nur angebracht, bei einem Irrtum, der sich als relevant erwiesen hat, und nicht wie hier, wo die Irrelevanz des Irrtums vorausgesetzt wird. Außerdem bringt man dadurch in das einheitliche Schuldmoment einen ungesunden Dualismus zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. (S. unsere früheren Bemerkungen darüber).

tum, ist, wie wir schon gesehen haben, nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund, beseitigt den Makel einer Straftat also nicht. Das Ergebnis der Regelung des Entwurfes bedeutet eben einen Kompromiß mit dem Angeklagten. Ein Kompromiß verträgt sich aber nicht mit der Gerechtigkeit, die ein unzweideutiges Schuldig oder Nichtschuldig verlangt. Es ist ein sehr bedenklicher Ausweg und Irrweg zugleich, diese Forderung zu umgehen; denn für alle Fälle wird hier ein gutgläubig handelnder Mensch vor der Gesellschaft gebrandmarkt. Dies darf doch nicht die Absicht des Gesetzes sein.[110])

„Die Zagheit des Entwurfes, klare Farbe zu bekennen, die Halbheit seiner Auffassung!" — Mit diesen Worten Gerlands (a.a.O. S. 16) ist der Entwurf wohl am besten gekennzeichnet und auch seine Ablehnung gerechtfertigt (vgl. auch Kohlrausch, Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht Bd. 34, S. 165).

Anhang.

In der Wissenschaft hatte man bald erkannt, daß die Halbheit des Entwurfes 19 allein darauf beruht, daß die Verfasser sich nicht entschließen konnten, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz zu erfordern, daß sie jedoch auf Umwegen und unter arger Vernachlässigung von Systematik und Methode versucht hatten, zu den gleichen praktischen Ergebnissen zu kommen. Diese Fehler hat nun der Strafrechtsausschuß der Münchner Studiengesellschaft zu vermeiden gesucht, als er eine Art Gegenentwurf veröffentlichte. (Vorschläge z. E. zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchner Juristischen Studiengesellschaft.) In ihm wird der entscheidende Schritt gewagt und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz verlangt. Für § 11 des Entwurfes 1919 wird folgende Fassung vorgeschlagen:

> „Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen und dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verwirklicht".

---

[110]) Bei einzelnen Tatbeständen in E. 19 finden sich noch besondere Regelungen des Rechtsirrtums. Vgl. E. 19 die §§ 185, 206. Durch diese Ausnahmevorschriften wird an dem Ergebnis wenig geändert.

Diese Regelung entspricht vollkommen der von uns vertretenen Anschauung. Auf diese Weise erübrigt sich auch jede weitere, besondere Irrtumsbestimmung; denn der Irrtum ist ein für allemal relevant, wenn er den Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zur Folge hat. Leider hat es der Münchner Ausschuß bei dieser Vorschrift nicht bewenden lassen. Vielmehr hat er sich den bereits von den Verfassern des Entwurfes 1919 erhobenen Bedenken (vgl. Ebermayer, JW. 1922, S. 246) gebeugt und die Auffassung gebilligt, daß die gesetzliche Anerkennung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit innerhalb des Vorsatzes „bei der engen Begrenzung der Fahrlässigkeitsdelikte zur Straflosigkeit in kriminalpolitisch gefährlich weitem Umfange führen würde, daß es aber andererseits nicht angängig sei, diese bei der Sachfahrlässigkeit wohlbegründete enge Umgrenzung aufzugeben". Diesen angeblichen Mangel sucht der Gegenentwurf dadurch zu beseitigen, daß er auf Befürworten Belings (Methodik, S. 77 und 188) Sach- und Rechtsfahrlässigkeit im Gesetze unterscheidet, mit der Forderung, daß erstere nur in dem vom Gesetz bestimmten Fällen, die letztere dagegen immer — wenn auch milder — zu bestrafen sei. (Strafrechtsausschuß d. M.Jur. StG. S. 11 ff.) Diese Bestimmung ist aber mit Entschiedenheit abzulehnen. Es ist sehr bedauerlich, daß die alten und doch immer neuen „kriminalpolitischen Bedenken" auch hier die ursprünglichen Fortschritte des Gegenentwurfes wieder illusorisch gemacht haben. Gewiß — man soll in der Theorie diese Bedenken nicht unterschätzen. Die Praxis macht eben ihre eigenen Erfahrungen, diese muß sie in erster Linie berücksichtigen. Trotzdem sollte die Praxis — gerade im Vertrauen auf ihren Richterstand! — sich mutiger für die Reformbewegung einsetzen und sie nicht nur fordern, sondern auch fördern. Auf diesem Wege des Münchner Entwurfes kommt man jedenfalls praktisch zu der Stellungnahme des Entwurfes von 1919 zurück; es erheben sich hier die gleichen Bedenken, wie wir sie schon früher gegen die entsprechenden Vorschläge in der Literatur geltend gemacht haben. Eine solche Lehre widerspricht der logischen Gleichartigkeit von Vorsatz und Irrtumsinhalt. Die alte Unterscheidung von Rechts- und Tatirrtum hat man in neuer Aufmachung durch eine solche Regelung aufs Trapez gebracht, die zu den selben Schwierigkeiten und Unbilligkeiten in der Praxis führen würde, wie sie jetzt im geltenden Recht bestehen. Es läßt

sich keineswegs nämlich immer klar entscheiden, ob der Täter leichtsinnigerweise nicht an den Erfolgseintritt der strafbaren Handlung gedacht hat oder ob die Nachlässigkeit lediglich auf die Nichtkenntnis der Rechtswidrigkeit der Handlung sich bezog. Wodurch sollte es schließlich gerechtfertigt sein, daß der Rechtsfahrlässige immer und noch dazu als bewußter Rechtsbrecher, der Sachfahrlässige nur in den gesetzlich zulässigen Fällen und hier nur wegen des leichteren Schuldvorwurfs bestraft wird? Haben nicht beide pflichtwidrig unvorsichtig gehandelt?

Durch eine solche Regelung würde gar manches für strafbar erklärt werden, was bisher straflos gewesen ist; die Zahl der Fahrlässigkeitsdelikte würde dadurch einseitig für die Rechtsfahrlässigkeit erweitert werden.

§ 19

Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925.

Erst mit dem Jahre 1925 ist die deutsche Strafrechtsreform in das entscheidende Stadium getreten. Während die sämtlichen bisher genannten Entwürfe nur sog. Referentenentwürfe waren, haben wir es beim E. 25 zum ersten Male mit einem amtlichen Entwurf zu tun. Dazu kommt noch ein weiteres, das sich schon aus der Benennung „Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches" unschwer erkennen läßt. Ist es doch nichts Geringeres als die Rechtsangleichung an Oesterreich, die in diesem Titel zum Ausdruck kommt. Diese Tendenz, die nicht zum wenigsten einen politischen Hintergrund hat, geht dahin, die österreichische und deutsche Strafrechtsreform miteinander zu verbinden. Somit ist der vorliegende Entwurf das Ergebnis einer gemeinsamen Reformarbeit in beiden Ländern.

Der Entwurf von 1925 vertritt ohne Einschränkung das Schuldprinzip „keine Strafe ohne Schuld". Dieser Satz wird zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ist aber aus dem zweiten Abschnitt über die strafbare Handlung klar ersichtlich (§ 12). Entgegen den früheren Entwürfen verzichtete der E. 25 auf Begriffsbestimmungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die Entscheidung der Streitfrage, ob solche Begriffsbestimmungen ins Gesetz oder ins

Lehrbuch gehören, liegt außerhalb des Rahmens unserer Arbeit. Nur so viel mag dazu gesagt werden, daß der Entwurf besser daran tat, überhaupt keine Definitionen der beiden Schuldarten zu geben, als dies in der unbefriedigenden Weise der früheren Entwürfe zu tun.

Der Regelung der Irrtumslehre ist § 13 des Entwurfes gewidmet:

> „Ein Irrtum, der dem Täter das Unerlaubte seiner Tat nicht erkennen läßt, schließt die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung aus. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung."

Daraus ergibt sich folgendes: Handelt der Täter in einem Irrtum, der ihn hindert „das Unerlaubte seiner Tat" zu erkennen, so liegt kein vorsätzliches Handeln vor; es muß daher bei allen Delikten Straffreiheit eintreten, bei denen nur die vorsätzliche Begehung unter Strafe gestellt ist; für die Vorsatz ausschließende Wirkung ist es ohne Belang, ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar, ob er strafrechtlicher oder außerstrafrechtlicher, ob er Irrtum über Tatsachen oder Rechtssätze über den Tatbestand oder das Verbotensein der Handlung ist. Nicht auf den Grundirrtum kommt es nach dem Entwurfe letztlich an, sondern mit Recht nur auf den Folgeirrtum, auf die Vorstellung des Handelnden, sein Tun, sei nicht unerlaubt.[111])

Bei unentschuldbarem Irrtum wird zwar auch stets der Vorsatz, nicht aber die Fahrlässigkeit ausgeschlossen. In diesen Fällen kommen die Vorschriften des Entwurfes über fahrlässige Handlungen zur Anwendung. Eine Bestrafung bei unentschuldbarem Irrtum kann daher nach dem Entwurf nur bei Delikten erfolgen, deren Begehung aus-

---

[111]) Gleispach, Aschaffenburg 16, S. 230: Ob es sich um Irrtum über Tatsachen oder Rechtssätze handelt, über Tatbestandsmerkmale oder Merkmale eines Unrechtsausschließungsgrundes, ob ein echtes Tatbestandsmerkmal in Frage kommt oder ein Rechtswidrigkeitsmerkmal im Tatbestand, ob sich jemand von der Züchtigung eines in Wahrheit fremden Kindes nicht abhalten läßt, weil er das Kind für sein eigenes hält oder glaubt, es gäbe auch eine Züchtigungsbefugnis gegenüber fremden Kindern, ob es sich also um Rechts- oder Tatsachenirrtum, strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Irrtum, normale oder eingesprengte Tatbestandsmerkmale . . . . handelt, das ist alles gleichviel. Hat der Täter nur überhaupt infolge eines Irrtums das Unerlaubte seiner Tat nicht erkannt, dann ist er wegen vorsätzlichen Deliktes nicht haftbar."

drücklich bei vorliegender Fahrlässigkeit unter Strafe gestellt ist (§ 13 Abs. 2, § 12 Abs. 3). Auch hier hat der Entwurf das Richtige getroffen, indem er die „Zwitterkreatur" kriminalpolitischer Bedenken und Aengste, die Rechtsfahrlässigkeit endgültig beseitigte. Lassen wir hier die Denkschrift (S. 16) zu Wort kommen: „Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so kann nach § 13 Abs. 2 eine Bestrafung nur eintreten, wenn der vom Täter verwirklichte Tatbestand auch bei fahrlässiger Verwirklichung mit Strafe bedroht ist. Der Entwurf hat also den in früheren Entwürfen enthaltenen Gedanken aufgegeben, wonach jemand, der das Unerlaubte seines Tuns fahrlässig nicht erkannt hat, stets, wenn auch milder als bei vorsätzlicher Begehung, bestraft werden sollte. Eine solche Regelung würde die Strafbarkeit gegenüber dem geltenden Recht bedeutend erweitern. Auch steht es zu dem Grundsatz, daß die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bei Verbrechen und Vergehen die seltene Ausnahme bilden soll, in Widerspruch, wenn die Rechtsfahrlässigkeit ganz allgemein für strafbar erklärt wird. Somit bleibt der Täter nach dem Entwurfe straflos, wenn die Tat nur vorsätzlich begangen werden kann, mag auch sein Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhen". Und das mit Recht! Für den, der den Rechtsirrtum dem Tatirrtum gleichstellt, der nicht nach den Grundirrtümern fragt, für den vielmehr nur der Folgeirrtum, der dem Täter das Unerlaubte seiner Handlung nicht erkennen läßt, maßgebend ist, kann es auch nur e i n e Fahrlässigkeit geben, die nur einheitlich behandelt werden kann und darf. Andernfalls würde man zu den gleichen Schwierigkeiten und Unbilligkeiten kommen — wo liegt die Grenze zwischen Rechts- und Sachfahrlässigkeit? — wie sie jetzt im geltenden Recht bestehen.[112])

Was versteht nun der Entwurf unter „unerlaubt?" Die Denkschrift S. 15 gibt uns die Antwort: „Unerlaubt

---

[112]) Wenn man aber unbedingt die Rechtsfahrlässigkeit unter Strafe stellen will, da man sonst „die berechtigte Forderung, daß der Untertan sich um die Gesetze zu kümmern hat, preisgäbe. (Hippel, Lehrbuch S. 353) so könnte dies nach unserer Ansicht nur durch eine Erweiterung der Fahrlässigkeitsdelikte überhaupt im Besonderen Teil geschehen; denn es wäre nicht einzusehen, warum sich der Untertan um die Gesetze mehr kümmern müßte, als um die Welt der Tatsachen. — Für die Bestrafung der Rechtsfahrlässigkeit: Hippel zuletzt Lehrbuch S. 348 ff.; Lilienthal, Aschaffenburg 16, S. 117/18; Mezger, Z. 47, S. 476 ff.; u.a. siehe auch Träger, Ger.S. 92, S. 334; Kohlrausch in Reform d. Strafrechts, S. 24 ff.

ist, was das Recht oder das Sittengesetz verbietet. Hat der Täter also gewußt oder damit gerechnet, daß sein Tun durch das Recht verboten ist, so nützt es ihm nichts, wenn er seine Handlung für sittlich erlaubt gehalten hat und umgekehrt". Nach dem Entwurf oder vielmehr nach der Begründung ist also das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz (wie man vor Erscheinen der Begründung annahm — siehe Ebermayer, L. Z. 1925, S. 174: Berliner Tagblatt vom 2. Januar 1925, Abendausgabe — nicht unbedingt erforderlich). Der Täter ist wegen Vorsatzes auch schon dann strafbar, wenn er wußte, daß seine Handlung vom Standpunkt der Sitte aus verboten war; es genügt also das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit.

Hierin liegt der wunde Punkt in der Irrtumslehre des Entwurfs. Die Begründung glaubt, daß vor allem auf dem Gebiete der Nebengesetze die Berücksichtigung des Rechtsirrtums Härten vermeiden lasse. Ein großer Teil der in Frage stehenden Nebengesetze ist wirtschaftlicher Art. Gerade aber auf diesem Gebiete liegt für den Berufsrichter, dem die Denkweise des Kaufmanns mehr oder minder fremd ist, der Einwurf zu nahe, daß der Kaufmann seine Tat jedenfalls für sittlich verboten habe halten müssen, da ja er als ein Glied der Volksgemeinschaft das Allgemeinwohl über seinen eigenen privaten Vorteil stellen müsse. Bei allen Sittlichkeitsdelikten ist nach der Definition des § 13 im Sinne der Begründung ein beachtenswerter Rechtsirrtum begrifflich geradezu ausgeschlossen. Hier gibt es aber Fälle, bei denen die bisherige Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums schon oft als unbillig empfunden worden ist.[113])[114]) Bei der weiten Auslegung, die die Begriffe der Pflegeeltern, Lehrer, Erzieher im § 174 Nr. 1, § 181 Nr. 2 RStGB. in der Rechtsprechung gefunden haben, ist der Irrtum über das rechtliche Verbotensein der Handlung nicht selten vorhanden

---

[113]) Vgl. L.Z. 1915, S. 291; 1916 S. 245; RGE. 8, S. 172; 31, S. 203.

[114]) Wir brauchen hier nur an den des öfteren schon in der Praxis akut gewordenen Fall zu erinnern, wo nichts Böses ahnende Eltern wegen schwerer Kuppelei (§ 181 Nr. 2) ins Zuchthaus geschickt wurden, weil sie wie in jener Gegend allgemein üblich, dem Verlobten ihrer Tochter den Beischlaf gestattet hatten. Daß man eine solche Rechtsprechung als unbillig empfand, geht aus der Tatsache hervor, daß der Preuß. Justizminister im Anschluß an ein solches Fehlurteil die Staatsanwaltschaften anwies, in solchen Fällen Anklage nicht mehr zu erheben. Unter dem Regime des § 13 des E. 25 aber wären solche Entscheidungen an der Tagesordnung.

und entschuldbar. Welches Gericht wird aber die Existenz eines sittlichen Verbots und Unkenntnis des Täters von ihm verneinen? Aehnlich hat die Praxis bei der Anwendung des § 181 a RStrGB. zur Bestrafung jugendlicher Personen geführt, die mit dem Typ des Zuhälters, wie ihn die lex Heinze treffen wollte, nichts gemein haben. Es genügt der zeitweilige Bezug des Lebensunterhaltes (in sehr weitem Sinne) von einer Dirne, ohne daß sonst ein Abhängigkeitsverhältnis oder ein Einfluß auf ihren unsittlichen Erwerb besteht (Alsberg, das Sexualstrafrecht im Entwurf, Aschaffenburg 16, S. 321 ff.). Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung würde hier in geeigneten Fällen helfen, der Irrtum über die sittliche Erlaubtheit wird aber praktisch nie bejaht werden. (Alsberg, in Reform des Strafrechts S. 60 ff.)

Vor allem aber: Nur das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit muß für die Annahme vorsätzlichen Handelns von Ausschlag sein.[115])

Daß das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit zur Bestrafung wegen vorsätzlichen Handelns nicht genügen kann, haben wir schon früher des näheren dargelegt.[116])

Man kann zwar sagen, aus der Vorschrift des § 13 allein erhellt nicht, daß der Entwurf unter „unerlaubt" auch das durch das Sittengesetz Verbotene versteht, der Richter sei deshalb nicht gehalten, den § 13 in dem in der Begründung gewollten Sinn auszulegen. Aber wir glauben, man muß schon Alsberg zustimmen, wenn er

---

[115]) Vgl. Hippel, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Berlin 1924, S. 14 und Belings treffende Erwiderung hierauf, L.Z. 1925, S. 110.

[116]) Gleicher Ansicht: Lobe, Vgl. Ger.S. 93, S. 298 ff.: Sobald man das Unerlaubte auffaßt als das lediglich Sittenwidrige, kommen wir in Gebiete hinein, die dem Recht fern liegen — ferner Lobe, Ger.S. 92, S. 66; vgl. Hippel, Z. 47, S. 51: Wir strafen nicht Unsittlichkeit, sondern rechtswidriges Verhalten. — Mittermaier, Aschaffenburg, 17, S. 347; Krumbholz, in Arch. f. Rechtspflege in Sachsen Thüringen, und Anhalt 1926, S. 269: Es muß gerügt werden, daß der Entwurf Begriffe und Forderungen der Ethik, der Sitte und des Rechts wahllos nebeneinandergestellt, ... obwohl die Begriffe der Ethik und Sitte viel zu wenig festgelegt, viel zu umstritten sind, um zur Frage der Strafbarkeit herangezogen werden zu können. Durch das, was die Begründung in dieser Beziehung sagt, wird das noch viel schlimmer. Wir erinnern uns, daß sie zu § 13 (betr. Irrtum) bemerkt (S. 15, unerlaubt sei, was das Recht oder das Sittengesetz verbietet .. Das führt zur völligen Verwässerung des Strafrechts und dazu, daß nicht mehr der Staat, sondern der Richter bestimmt, was strafwürdig und strafbar ist." — — Siehe auch die Begründung des Entwurfes 27 S. 19.

(in Reform des Strafrechts S. 59) sagt: „Die Praxis wird unvermeidlich der Begründungsfolgen, die, als ob es sich von selbst verstände, definiert: Unerlaubt ist, was das Recht oder das Sittengesetz verbietet".

Noch ein Wort zu der dem Entwurf beigegebenen Begründung! Diese führt S. 16 aus: „Nach dem Entwurf wird dem Einwand des Irrtums künftig eine größere Bedeutung zukommen als bisher. Daß der § 13 eine zu weitgehende Einschränkung des Strafschutzes zur Folge haben könnte, dürfte jedoch eine unbegründete Besorgnis sein. Die Rechtsgebote, denen das Strafgesetzbuch Schutz verleiht, sind so sehr ethisch begründet und Allgemeingut des Volkes, daß ein Einwand, dem Täter seien diese Normen unbekannt gewesen, nur selten Glauben finden wird." Die Gegner des § 13 wenden nun ein, die Begründung zeige hier „Versuchung zu bedenklichen tatsächlichen Feststellungen" (Hippel, Z. 47, S. 52), mit der Auffassung, des im § 13 enthaltenen Grundsatzes" „sei jedem nahegelegt, sich möglichst wenig um Gesetz und Sitte zu kümmern. Man könne geradezu von einem Freibrief des Delinquenten sprechen" (Stienen, Aschaffenburg 17, S. 210.) oder man spricht wie Liepmann (in Frankfurter Zeitung vom 9. III. 25, ähnlich Welde L.Z. 1926, S. 952) von einer „Kur à la Eisenbart", die „nicht nur keine Lösung des Problems", sondern eine „schwerste Gefährdung des durch die Strafrechtspflege zu schützenden Staates" sei, denn die „Berufung auf den Rechtsirrtum würde zum alltäglichsten (ob aber auch erfolgreichen??) Verteidigungsmittel erwachsen" oder meint letztlich wie Wachenfeld (G.A. 1925, S. 262), daß „der Staat, der bei jeder strafbaren Handlung nach dem guten Glauben des Täters fragen müßte", sich „selbst das Todesurteil sprechen würde."

Aber „das ist kein Kinderschreck!" (So mit Recht Kohlrausch in Reform des Strafrechts, S. 23, ähnlich Gleispach, Aschaffenburg 1925, S. 231 ff.). Wie oft wird denn der Angeklagte überhaupt den Einwand, er habe geglaubt, nicht unerlaubt zu handeln, erheben können? Wie oft wird man ihm mit Erfolg entgegenhalten können: Du weißt ganz genau infolge deiner Erziehung, Bildung, deines Stehens im Rechtsleben überhaupt, daß man so etwas nicht tun darf; oder: Dir ist diese und jene Verurteilung, vielleicht deine eigene unter den gleichen Verhältnissen bekannt? Derartige Bedenken würden weiterhin nicht gerade von einem großen Vertrauen zur Lebenserfahrung unseres Richterstandes zeugen, der doch auch

mit anderen Schwierigkeiten des subjektiven Tatbestandes fertig werden muß und doch auch noch neben der größten Gewissenhaftigkeit bei der Prüfung der Beweise den Mut der Ueberzeugung aufzubringen hat.

Zusammenfassend läßt sich sagen: § 13 des Entwurfes ist trotz der gezeigten Mängel ein großer Fortschritt: Schon rein äußerlich ist er seinen Vorgängern vorzuziehen: Seine Regelung ist die denkbar einfachste und dennoch klarste und erfüllt gleichzeitig — was das Entscheidende ist — eine Forderung der Gerechtigkeit, indem sie mit den alten Vorurteilen bricht, die besagen, daß die Berücksichtigung des Rechtsirrtums den staatlichen Interessen zuwiderlaufen würde.

§ 20

Der Entwurf 1927 eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs.[117])

Der Entwurf 1927 kehrt wieder zu Begriffsbestimmungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 17 Abs. 1; § 19 Abs. 1) zurück. Sie lehnen sich im wesentlichen an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an.

Die Irrtumsregelung des Entwurfes 27 lenkt wieder in die Bahnen von 1913—1919 ein. Zunächst kennt der Entwurf einen Rechts- (wie Tat-) Irrtum, der sich auf den Tatbestand bezieht. Die Begründung sagt (S. 17), daß der Entwurf von dem Rechts- (wie Tat-) Irrtum, der sich auf den Tatbestand beziehe, nicht spreche; daß er den Vorsatz ausschließe, folge schon aus der im ersten Absatz des § 17 enthaltenen Begriffsbestimmung. Soweit sich also der Irrtum auf den Tatbestand bezieht, wird der Rechtsirrtum dem Tatirrtum gleichgestellt. Außer den Fällen des Tatbestandsirrtums kennt der Entwurf Begründung S. 17) „noch eine zweite Gruppe von Irrtümern, die ohne die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung zu berühren, ihre Strafwürdigkeit in gleicher Weise aufheben oder doch mindern können, wie jene. Es sind dies die Irrtümer, die sich auf die Rechtswidrigkeit beziehen.... Ein Irrtum, der sich auf die Rechtswidrigkeit bezieht, kann zweifacher Art sein, er kann seine Wurzel sowohl in einem Tatirrtum als in einem Rechtsirrtum haben.

---

[117]) Vgl. auch Kadecka, Z. 48, S. 605 ff.

Von diesen beiden Irrtümern, die sich auf die Rechtswidrigkeit der Handlung beziehen, handelt der Entwurf an zwei getrennten Stellen, von dem Tatirrtum in § 17 Abs. 2, vom Rechtsirrtum in § 20."

Der § 17 Abs. 2 (ebenso § 19 Abs. 2) bezieht sich also auf den Tatsachenirrtum bezüglich der Rechtswidrigkeit; der § 20 handelt dagegen von den Fällen, in denen dem Täter die Rechtswidrigkeit seiner Handlung unbekannt geblieben ist, sei es, daß er die übertretene Norm nicht kannte oder mißdeutete, oder daß er bei Kenntnis der Norm irrtümlich einen nicht bestehenden Rechtssatz annahm, der die Tat erlauben würde.

§ 17 Abs. 2 sagt:

„Wegen vorsätzlicher Begehung wird nicht bestraft, wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen, oder ihn straffrei machen würde."

§ 20:

„Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem entschuldbaren Rechtsirrtum, der ihn das Unrechtmässige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei; ist der Irrtum nicht entschuldbar, so kann die Strafe gemildert werden. (§ 73)."

Zur näheren Erläuterung dieser beiden Paragraphen ein Beispiel:

Hält jemand die harmlose Bewegung eines anderen für einen Angriff auf sein Leben und setzt sich durch Gegenangriff zur Wehr, so kommen auf seine Handlung die §§ 17 Abs. 2, womöglich 19 Abs. 2 zur Anwendung. Setzte er sich dagegen voreilig zur Wehr, weil er glaubte, daß Notwehr auch gegenüber einem erst künftigen Angriff statthaft sei, so ist sein Handeln nach § 20 zu beurteilen.

Aus dieser Regelung wie aus den Worten der Begründung (S. 20) ersehen wir, daß ein Rechtsirrtum nach § 20 den Vorsatz nicht ausschließt; das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nach dem Entwurfe 27 kein Wesensbestandteil des Vorsatzes. Nach § 20 des Entwurfes gibt es wieder eine schuldlose Schuld, wenn nämlich der Rechtsirrtum entschuldbar ist; ferner eine aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzte Schuld (vorsätzliche

Begehung mit fahrlässiger Rechtsunkenntnis), eine Rechtsfahrlässigkeit.[118])

Die Unterscheidung zwischen einem Rechtsirrtum (und Tatirrtum), der sich auf den Tatbestand bezieht und zwischen einem Rechtsirrtum (und Tatirrtum), der sich auf die Rechtswidrigkeit bezieht, ist unmöglich: Wodurch soll es denn gerechtfertigt sein, den Rechtsirrtum in seinen verschiedenen Erscheinungsformen so ganz verschieden zu behandeln? Sowohl der Rechtsirrtum der ersten Kategorie, der Rechtsirrtum also, der sich auf den Tatbestand bezieht, wie der Rechtsirrtum der zweiten Kategorie, der sich auf die Widerrechtlichkeit erstreckt, führen doch beide zu dem gleichen Folgeirrtum, dem Irrtum über die Widerrechtlichkeit. Ihre Behandlung müßte eine gleiche sein. Statt dessen soll nach dem Entwurf der Rechtsirrtum über den Tatbestand den Vorsatz ausschließen, der Rechtsirrtum über die Rechtswidrigkeit diese Wirkung nicht haben (§ 20).

Mit dieser Unterscheidung allein gibt sich der Entwurf aber noch nicht zufrieden. Er teilt weiter innerhalb des Irrtums über die Rechtswidrigkeit. Beruht er auf Tatirrtum, so ist der Vorsatz ausgeschlossen (§§ 17, 19 Absätze 2), hat er dagegen seine Wurzel in einem Rechtsirrtum, so wird er nach § 20 behandelt. Damit hat man die „alte" Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum, wenn vielleicht auch in etwas versteckter Form wieder eingeführt. Dabei gibt die Begründung S. 17 selbst zu, daß beide ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit sind; die Quelle des Irrtums soll also auch hier für die Strafbarkeit wieder maßgebend sein, nicht die Schuld des Täters, die in beiden Fällen gleich groß ist.[119]) Man verlangt also von dem Untertan, dem Laien, daß er sich mehr um die ihm sicher ferner liegende richtige Erfassung und Anwendung des Rechtes kümmern müsse, als um die ihn umgebende Welt der Tatsachen. Solche widersinnigen

---

[118]) die unter die Vorsatzstrafe gestellt ist, vgl. den drastischen Gegensatz hierzu in § 19 Abs. 2, wo ein auf Fahrlässigkeit beruhender Tatsachenirrtum über die Widerrechtlichkeit nur als Fahrlässigkeit bestraft wird. — Worin ist diese Verschiedenheit der Behandlung begründet?

[119]) Es ist keinesfalls gerechtfertigt, den entschuldbaren (-schuldlosen) Tatirrtum über die Rechtswidrigkeit als Schuldausschließungsgrund anzuerkennen, während auf der anderen Seite ein entschuldbarer Rechtsirrtum über die Rechtswidrigkeit nur ein bloßer Strafausschließungsgrund sein soll, bei dem der Makel der Schuld fortbesteht.

Ergebnisse sind eben nur möglich, infolge des unerträglichen Dualismusses in der Irrtumsregelung die einen Vorsatz mit (§ 17) und einen ohne (§ 20) Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kennt.

Großzügig war man dagegen andererseits in § 17 Abs. 2 (entsprechend § 19 Abs. 2), wo man auch die persönlichen Strafausschließungsgründe berücksichtigte; denn § 17 Abs. 2 (zweite Variante: „Oder ihn straffrei machen würde") bezieht den Vorsatz auch auf diese. Die persönlichen Strafausschließungsgründe sind aber lediglich objektiv festzustellen, mit der Schuld des Täters haben sie gar nichts zu tun, ein Irrtum über ihr Vorliegen oder Fehlen ist daher gleichgültig. (Vgl. Allfeld, Lehrbuch S. 165/66; RGE. 61 S. 270).

In § 20 bleibt uns weiterhin nicht erkenntlich, warum trotz vorhandenen Vorsatzes bei unentschuldbarem Rechtsirrtum die Strafe gemildert werden kann,[120]) da ein die Schuld nicht berührender Irrtum doch auch auf ihre Indensität nicht von Einfluß sein kann.

Die Begründung spricht sich darüber aus (S. 20), wann ein Rechtsirrtum als unverschuldet, wann als verschuldet anzusehen ist. Man will anscheinend dem Richter Auslegungsregeln, (die aber recht nahe an Präsumtionen grenzen!) in die Hand geben. Ist das wohl nötig? Es spuckt immer noch allenthalben die Angst, daß bei gerechter Behandlung des Rechtsirrtums (die hier gar nicht vorliegt!) die Staatssicherheit Not leide.[121])

Die dargelegten offensichtlichen Mängel des Entwurfes sind auch bei der Beratung in den verschiedenen Ausschußsitzungen im Reichstage nicht abgestellt worden. Die Debatte konzentrierte sich hauptsächlich auf äußere Schönheitsfehler in der Irrtumsregelung. Es wurde als störend und verständniserschwerend empfunden, daß die Frage in § 17 Abs. 2, § 19 Abs. 2, § 20 zerstreut behandelt sei; „im Interesse der Volkstümlichkeit (als ob man bei dieser Regelung überhaupt von einer solchen sprechen könnte!) und einer glücklicheren Lösung der Gesetzestechnik" beantragte man, dem § 20 mit der Ueberschrift „Irrtum über die Rechtswidrigkeit" folgendes als Abs. 1

---

[120]) Richterliches Ermessen, das sicherlich die Gleichmäßigkeit in der Rechtsprechung nicht fördern wird.

[121]) Völlig zu verwerfen ist es schließlich, daß die Begründung (S. 194/95), dem Entwurfe 1925 folgend, bei Uebertretungen dem Landesrecht und Nebengesetzen Ausnahmen von dem Erfordernis der Schuld freistellen will.

einzufügen (unter Streichung der beiden Absätze 2 der §§ 17 und 19):

„Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder den Täter straffrei machen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht und wegen fahrlässiger Begehung nur dann bestraft werden, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht."

Weiterhin schlug man vor in § 20 den letzten Satz wie folgt zu fassen.:

„Ist der Irrtum nicht entschuldbar, so ist der Täter strafbar, aber milder zu bestrafen (§ 73).

Die Kann-Vorschrift wollte man also durch eine Ist-Vorschrift ersetzt wissen.

Das Ergebnis der Abstimmung war, daß alles beim alten blieb: § 20 wurde in der Fassung der Vorlage angenommen.

Viel Geist, Zeit und Worte vergeudete man auch über die Frage, ob man in § 20 statt des Begriffs „unrechtmäßig" den Begriff „unerlaubt" oder „gesetzwidrig" setzen solle, — — um dabei die Hauptsache, das Kernproblem zu übersehen, nämlich, daß es Aufgabe einer geläuterten Gesetzgebung ist, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz zu fordern und daß schon aus diesem Grunde § 20 überhaupt unmöglich ist.

So bedauerlich es an und für sich ist, daß infolge der letzten Reichstagsauflösung die Reformarbeit ins Stokken geraten ist, kann es uns andererseits nicht betrüblich erscheinen, daß der Entwurf 27 noch nicht Gesetz geworden ist. Im Vergleich zum geltenden Recht wären wir vom Regen in die Traufe gekommen; wir hätten ein Feld von Kontroversen und Komplikationen bekommen, auf dem sich die Gerichte planlos getummelt hätten ohne zu einer auch nur halbwegs befriedigenden Rechtsprechung gelangen zu können. Wir sind eben einen weiten Schritt rückwärts gekommen! Das ist die traurige Erkenntnis, die man aus dem Entwurfe 27 schöpfen muß. Rückwärts gekommen — und waren doch einer brauchbaren Lösung so nahe: Man hätte nur „das Unerlaubte" in der Fassung des Entwurfes 1925 durch die Worte „die Rechtswidrigkeit" zu ersetzen brauchen.

Schlußwort.

Ein flüchtiger Blick nach rückwärts zwingt uns zur traurigen Feststellung, daß die Wünsche derer, die unseren Standpunkt in Wort und Schrift vertreten und verfochten haben, bisher unerfüllt geblieben sind, daß man innerhalb der verhältnismäßig nun nicht mehr kurzen Lebenszeit der Strafrechtsreform bis heute noch nicht den Mut gefunden hat, das erlösende Wort — die Gleichstellung des Rechtsirrtums mit dem Tatirrtum — auszusprechen. Aus kriminalpolitischen Bedenken heraus (siehe Ausschußsitzung vom 4. Oktober 1927 S. 6) hat man sich bis heute zu Kompromissen bewegen und verleiten lassen, die jeder Gerechtigkeit Hohn sprechend untaugliche Versuche in der Regelung unseres Problems darstellen[122]) — anstatt dem Volke zu geben, was des Volkes ist, ein Recht nämlich, das es versteht, das es als solches empfindet, das nicht nur dem Namen nach ein solches ist, ein Recht, dessen höchster und heiligster Grundsatz in dem so einfachen und doch anscheinend so schwer zu verwirklichenden Satze verankert ist:

„Keine Strafe ohne Schuld".

[122]) Abgesehen vom Entwurfe 25.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, Rede, Leipzig 1904 (Allfeld RJ.)

— , Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, Leipzig 1909.

— , Lehrbuch des deutschen Strafrechts 8. Aufl. Erlangen 1922. (Allfeld, Lehrbuch).

—, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Kommentar, München 1928.

Alsberg, Die Schuld (§§ 12—19 des Amtl. Entwurfes eines allgem. deutschen Strafgesetzbuches)
(-Aschrott und Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1926.

v. Bar, Die Reform des Strafrechts, Berlin 1903.

– , Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin 1907.

— Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II, Berlin 1907. (v. Bar, Gesetz und Schuld II).

Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, Hamburg 1898 (Erlanger Diss.).

Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Leipzig 1859, Bd I.

v. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906 (Beling L. v. V.).

—, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Leipzig 1910 (Beling, Unschuld).

—, Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung, München 1922. (Beling, Methodik).

— , Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1925. (Beling, Grundzüge),

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. Aufl. Leipzig 1891.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. I, .2. Aufl. Leipzig 1890; Bd. II. 2. Aufl. Leipzig 1914—16; Bd. III, Leipzig 1918 (Binding, Normen, Bd.).

— , Grundriß des deutschen Strafrechts, allgemeiner Teil, 7. Aufl. Leipzig 1907 (Binding, Grundriß).

— Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919.

v. Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Str.G.B. Leipzig 1910.

—, Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht: „Nicht die Tat sondern der Täter ist zu bestrafen." Leipzig 1909 = kritische Beiträge, zur Strafrechtsreform Heft 7,

Bumke, Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch = L.Z. 1921, S. 121 ff.
—, Der neue Strafgesetzentwurf = D.J.Z. 1925, S. 21 ff.
Van Calker, Ethische Werke im Strafrecht, Berlin 1904.
—, Die Reform der Gesetzgebung im Strafrecht und Strafprozeß, Leipzig 1910.
—, Grundriß des Strafrechts, München 1916.
Canter, Der Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, Elberfeld 1917, Erlanger Diss.
Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, Düsseldorf 1909.
Doerr, Deutsches Strafrecht, Berlin, Stuttgart und Leipzig 1920. 2. Aufl. 1930.
Dohna, Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, Halle a.S. 1905
—, Recht und Irrtum, Mannheim 1925.
Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet, Berlin 1914.
—, Die Strafrechtsreform, Tübingen 1914.
Ebermayer - Lobe - Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch, Berlin (LPZ. Komm.). 4. Aufl. 1929.
Eder, Die Entwicklung der Lehre vom Rechtsirrtum im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe zu einem neuen deutschen Str.G.B. Erlanger Diss. 1926.
Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit 1930.
Ehrenzweig, Irrtum und Rechtswidrigkeit 1931.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1 Berlin 1904.
v. Frank, Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs, in der Giessener Festschrift 1908.
— Das Str.G.B. für das Deutsche Reich 18. Aufl. Tübingen 1929 (Frank, Kom.).
Hold, v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I; Jena 1903. (Ferneck RW.).
—, Die Idee der Schuld, Leipzig 1911 (Ferneck Schuld).
Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen 1922.
Gerland, Grundfragen des Strafrechts, Berlin 1918.
—, Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes 1919, Tübingen 1921.
— , Das deutsche Reichsstrafrecht, Berlin 1922.
—, Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil, Kritische Bemerkungen Berlin 1925.
Gretener, Die neuen Horizonte im Strafrecht, Leipzig 1909 = kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 10.
Hammerer, Der Einfluß des Rechtsirrtums auf die Bestrafung, München 1890. Münchner Diss.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens = Z. 36 S. 19 ff., 184 ff. (1915).
Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre, Freiburg i. Br. 1889.
v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930.

v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, Berlin 1908. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, herausg. v. Birkmeyer u.a. Allgem. Teil Bd. III (Hippel V.D.).
v. Hippel, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, ein Vortrag, Berlin 1924.
Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum Breslau 1900. (Würzburger Diss.).
Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, Breslau 1897. (Berliner Diss.).
Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904 (Köhler RJ.).
—, Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil, Leipzig 1917. (Köhler Strafrecht).
—, Ger. S. 96, 91 ff.
Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts, Leipzig 1912.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Teil I, Berlin 1903.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.
v. Lilienthal, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 2. Aufl. 1900.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl. besorgt von Schmidt, Berlin. und Leipzig 1921.
Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Leipzig 1895, Bd. I.
Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht, Berlin 1883.
Mayer, M. E.: Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901.
—, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903. = strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50.
—, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1916.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
— Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart 1912.
Miricka, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig 1903.
Mittermaier, Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld, Gießen, 1909 (Gießener Universitätsprogramm.).
Oetker, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, Kassel 1876. (Leipziger Diss. abgedruckt in Gerichtssaal Bd. 93 S. 3 ff).
v. Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1927 (Olshausen Kom.).
v. Olshausen, Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der deutschen Strafrechtskommission, Berlin 1913.
Oppenhoff„ Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 12. Ausgabe, Berlin 1891.
Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung, Marburg 1891.
Petersen Willensfreiheit, Moral und Strafrecht, München 1905.

Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1904.
Rümelin, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht 1909.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts, Berlin 1921.
Schaeffer, Gehört nach dem RStrGB. zum Begriff des Vorsatzes das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung? Osnabrück 1897 (Erlanger Diss.),
Schiegel, Das Unrechtsbewußtsein im strafrechtlichen Schuldbegriff, Erlangen 1921 (ungedruckte Diss. auszugsweise erschienen Ger. S. 91 S. 231 ff.).
Schubert, Das Irrtumsproblem und seine Regelung im amtlichen Entwurfe eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, 1925 (Leipziger Diss.).
Schmidt, Richard, Grundriß des deutschen Strafrechts, 1925.
Schmitt, Karl: Ueber Schuld und Schuldarten, Breslau 1910 = strafrechtliche Abhandlungen Heft 120.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 2. Auflage. Leipzig 1874.
Schwartz, Das StrGB. für das Deutsche Reich, Berlin 1914.
v. Schwarze, Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Leipzig 1879.
Schweizer, Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht, Straßburg 1906 (Straßburger Diss.).
Seuffert, H. Ein neues StrGB. für Deutschland, München 1902.
— Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Bd. I, Berlin 1894.
v. Sikorski, Die Behandlung des Rechtsirrtum, Berlin 1908 (Breslauer Diss.).
Singer, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums auf den Vorsatz im deutschen Strafrecht, Freiburg i. Br. 1909 (HeidelbergerDiss.).
Sturm, Die Schuldarten und der Vorentwurf, Breslau 1910 = strafrechtl. Abhandlungen, Heft 122.
—, Die strafrechtl. Verschuldung, Breslau 1902 = strafrechtl. Abhandlungen Heft 41.
Ulmer, Irrtum und Schuldinhalt im Strafrecht 1908, Leipzig.Diss.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München1914.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht, Leipzig 1881.
Westerkamp, Muß sich der zur strafrechtlichen Verschuldung erforderliche Bewußtseinsinhalt auf die rechtliche oder sittliche Wertung der Handlung erstrecken? Marburg a. L. 1907. (Marburger Diss.).
Weinberg, Der Verbotsirrtum 1928.

Zeitschriften, Entscheidungen, Sammelwerke.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß begründet von Goltdammer (G.A.)

Der deutsche Strafgesetzentwurf. Im Auftrage des Vorstandes der österr. kriminalistischen Vereinigung, herausgegeben v. Gleispach, Leipzig 1921.

Deutsche Juristen-Zeitung begr. v. Laband. Stenglein, Staub, Liebmann (D.J.Z.)

Deutsche Richter-Zeitung, Organ des deutschen Richterbundes (D.R.Z.)

Deutsche Strafrechts-Zeitung, (D.Str.R.Z.)

Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches herausgg. v. Aschrott und v. Liszt, Berlin 1910. (Reform d. RStr.G.B.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen seit 1880 (RGE.)

Gerichtssaal, Organ der deutschen strafrechtl. Gesellschaft (Ger.S.)

Juristische Wochenschrift, herausgg. vom deutschen Anwaltverein (J.W.)

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (L.Z.)

Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform herausgegeb. v. Aschaffenburg (Aschaffenburg).

Kritische Vierteljahresschrift (K.R.V.J.Schr.).

Reform des Strafrechts herausgegeb. v. Aschrott und Kohlrausch (Reform d. Strafrechts).

Sammlung von Entscheidungen des bayer. Obersten Landesgerichts in Strafsachen seit 1882. (Bay.Ob.LG.).

Strafrechtliche Abhandlungen begründet von Bennecke.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts herausgg. v. Birkmeyer (V.D.).

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Z.)

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Z.f.R.)

Entwürfe und Strafgesetzbücher.

Vorentwurf zu einem deutschen Str.GB. mit Begründung, Berlin 1909. (V.E.).

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Str.G.B. gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1911.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen StrGB. mit Begründung. Aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt, Goldschmidt, Belin 1911 (G.E.).

Der Entwurf der Strafrechtskommission 1913, Berlin 1920 (K.E.).

Entwurf von 1919 mit Denkschrift Berlin 1920 (E. 19).

Vorschläge zum Entwurf zu einem deutschen StrGB. ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchner Juristischen Studiengesellschaft, München 1922.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen deutschen StrGB. mit Begründung, Berlin 1925. (E. 25).

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StrGB. mit Begründung (27).

Zwei Auszüge aus den Ausschußsitzungen im Reichstag die Beratung des Entwurfes 27 betreffend 1927 und 1928.

Sonst noch benützte Werke sind im Text angegeben.